Der Rückfall nach deutschem Reichsstrafrecht

in seinen Beziehungen zu der Lehre von der Änderung der Strafgesetzgebung.

Als Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät der Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Wilhelm Kohlhaas,
Justizreferendär I. Klasse in Stuttgart.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1896.

Der
Rückfall nach deutschem Reichsstrafrecht
in seinen Beziehungen
zu der Lehre von der Änderung der Strafgesetzgebung.

Als Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät der Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Wilhelm Kohlhaas,
Justizreferendär I. Klasse in Stuttgart.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1896.

Inhaltsverzeichnis.

Verzeichnis der in nachstehender Abhandlung citierten Werke und Zeitschriften.

Vorbemerkung. Mit den meisten der in nachstehender Abhandlung erörterten Fragen hat sich Olshausen in seiner Schrift „Der Einfluß von Vorbestrafungen auf später zur Aburteilung kommende Strafthaten“, Berlin 1876 eingehend beschäftigt; diese Schrift und die Aufsätze von Göz im Württembergischen Gerichtsblatt V, S. 103—125 und v. Stemann im Gerichtssaal 1871 S. 401—424 sind nur an den Stellen besonders citiert, wo eine Hervorhebung erforderlich erschien; im übrigen sind sie, weil dasselbe Thema behandelnd, durchgehends berücksichtigt worden.

A. Bücher.

1. Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht, Bonn 1881/1887.
2. v. Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1871, 1872, 1877.
3. v. Holtzendorff, Rechtslexikon 3. Aufl., Leipzig 1880/81.
4. H. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl., Leipzig 1895.
5. Schütze, Desgl., 2. Aufl., Leipzig 1874.
6. v. Liszt, Desgl., 4. Aufl., Leipzig 1891.
7. Olshausen, Vorbestrafungen (s. o.).
8. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1892.
9. Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 12. Aufl., Berlin 1891.
10. v. Schwarze, Kommentar zum Str.G.B., 5. Aufl., Leipzig 1884.
11. Rüdorff, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., herausgegeben von Stenglein, Berlin und Leipzig 1881.
12. Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Tübingen 1862.
13. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Freiburg 1888/91.
14. Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Tübingen 1858/62.
15. Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes, Berlin 1853.
16. Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland, Leipzig 1867.
17. Harburger, Der strafrechtliche Begriff Inland, Nördlingen 1882.

18. Rubo, Kommentar über das Str.G.B., Berlin 1879.
19. Friedländer, Der Rückfall I, Berlin 1872.
20. Köstlin, System des Deutschen Strafrechts, Tübingen 1855.
21. Berner, Grundsätze des Preußischen Strafrechts, Leipzig 1861.

B. Zeitschriften.

1. Goltdammer, Archiv für Strafrecht.
2. Der Gerichtssaal.
3. Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft. Neue Folge.
4. Oppenhoff, Rechtsprechung des K. Preuß. Obertribunals.
5. Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung.
6. Württembergisches Gerichtsblatt.
7. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
8. Annalen des Oberappellationsgerichts zu Dresden.
9. Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für Baiern in Gegenständen des Strafrechts. (Citiert Bairische Entscheidungen.)
10. Rechtsprechung des Reichsgerichts (citiert R.G. Rechtsprechung).
11. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (citiert R.G.Entsch.).
12. Annalen der Großherzogl. badischen Gerichte.
13. Sächsische Gerichtszeitung.

I. Einleitung.

§ 1.

Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Lehre vom Rückfall in Deutschland.

„Rückfall", wenn man den Begriff zunächst ganz allgemein faßt, ist im Sinne des Strafrechts die Verübung einer neuen Strafthat durch eine Person, welche bereits einmal gegen das Strafgesetz verstoßen und wegen dieses Verstoßes Strafe erlitten hat.

Sowohl von dem fortgesetzten wie von dem sogenannten Kollektivdelikte einerseits und von der Verbrechenskonkurrenz andererseits, welchen Erscheinungsformen der strafbaren Handlungen rein äußerlich betrachtet ja sämtlich mit dem Rückfall das gemeinsam ist, daß es sich in allen genannten Fällen um eine Mehrheit von strafbaren Handlungen einer und derselben Person handelt, unterscheidet sich der Rückfall, wie sich aus der vorangestellten ganz allgemein gehaltenen Begriffsbestimmung ergiebt, in charakteristischer Weise dadurch, daß beim Rückfall zwischen der früheren und der neuen That eine Bestrafung liegt, wogegen in jenen anderen Fällen die sämtlichen Verfehlungen gegen das Strafgesetz, welche der Thäter sich hat zu schulden kommen lassen, noch der gesetzlichen Ahndung harren.

Ist einmal dieser Unterschied erkannt und auf Grund solcher Erkenntnis das Gebiet des Rückfalls von den Gebieten der sich mit ihm vielfach berührenden vorerwähnten strafrechtlichen Begriffe klar

abgegrenzt, so ergeben sich ohne weiteres wiederum innerhalb des Rückfallbegriffes Unterscheidungen, je nachdem die neue Verübung irgend welcher Strafthat nach erfolgter Bestrafung wegen irgend eines Deliktes als Rückfall aufgefaßt wird — genereller Rückfall oder Rückfall im weiteren Sinn — oder aber unter Rückfall nur die Verübung desselben Deliktes durch den Thäter nach erfolgter Vorbestrafung wegen einer früheren Strafthat verstanden wird — spezieller Rückfall oder Rückfall im engeren Sinne.

Der spezielle Rückfall wird in der Doktrin aber auch häufig weiter gefaßt und darunter auch der Fall begriffen, wenn der wegen eines Delikts bestrafte Thäter zwar nicht dasselbe Delikt, aber ein der Art nach ähnliches, „gleichartiges“ verübt.

Wie in der Strafrechtswissenschaft, so haben auch in der Strafgesetzgebung diese bald weiteren bald engeren Formulierungen des Begriffes Rückfall im Laufe der Zeit sämtlich ihre Vertretung und Anwendung gefunden.

Auffallend ist es nur, daß der Begriff des Rückfalls selbst in seiner allgemeinsten Fassung verhältnismäßig spät erst eine klare Ausprägung und scharfe Abgrenzung von den mit ihm bei bloß äußerlicher Betrachtung sich berührenden strafrechtlichen Lehren gefunden hat und daß infolgedessen die Lehre vom Rückfall nur langsam zur Entwicklung und Ausbildung gelangt ist.

Für das römische Strafrecht jedenfalls läßt sich nicht behaupten, daß das charakteristische Unterscheidungsmerkmal des Rückfalls, nämlich die erfolgte frühere Bestrafung, als solches erkannt und in der Gesetzgebung verwertet worden wäre.

Rückfall und Konkurrenz (diese letztere im weitesten Sinne — unter Einschluß des fortgesetzten und des Kollektivdelikts — werden von den Römern unterschiedslos zusammengeworfen. [1])

Wenn daher auch zugegeben werden kann, daß auch den Römern der früher schon bestrafte Missethäter in höherem Grade

---

[1]) Vergl. Berner, Grundsätze des preußischen Strafrechts, Leipzig 1861, S. 129.

strafwürdig erschien, als derjenige, welcher zum erstenmale mit dem Gesetze in Konflikt gerät, so kann doch angesichts der Thatsache, daß unter den wenigen, überhaupt in Betracht kommenden Quellenstellen nur eine einzige mit völliger Sicherheit auf einen Rückfall und eine mit demselben verbundene Strafschärfung [1]) zu deuten ist, von einer Erkenntnis der eigenartigen kriminalistischen Bedeutung des Rückfalls und einer entsprechenden Verwendung dieses Begriffes in der Gesetzgebung nicht die Rede sein. [2])

Deutliche Ansätze dagegen der Erkenntnis von der Eigenart des Rückfalls finden sich im kanonischen Rechte, dem ja die Strafrechtswissenschaft den terminus technicus für den Rückfall verdankt, [3]) vor allem aber im älteren deutschen Rechte von den leges barbarorum an, und insbesondere in den Stadtrechten des 13. und 14. Jahrhunderts. [4])

---

[1]) const. 4 C. de servis fugitivis 6, 1. Vergl. Friedländer, der Rückfall im gemeinen deutschen Recht, I. Berlin 1872, S. 24.

Außer dieser einen Stelle können höchstens noch die l. 28 § 3 D 48, 19 und die const. un. C. de superexact. 10, 20 in Betracht kommen, deren Deutung auf den Rückfall jedoch meines Erachtens keineswegs außer allem Zweifel steht.

[2]) So Berner a. a. O. S. 131, Friedländer a. a. O. S. 25. Anders allerdings die herrschende Meinung, welche annimmt, daß die Römer den Begriff des Rückfalls gekannt und denselben bei gewissen Delikten als Schärfungsgrund verwendet haben; vergl. die eingehende Darstellung bei Friedländer a. a. O. S. 3—36, insbesondere S. 27 und 28, ferner Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1862, II. S. 92; H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. Leipzig 1895, S. 412.

Die Quellenstellen, auf welche sich diese herrschende Meinung stützt und welche am vollständigsten bei Friedländer a. a. O. zusammengetragen sind, sind ohne Beweiskraft, da sie teils zweifellos sich auf die Konkurrenz beziehen, teils zum mindesten ebensogut auf die Konkurrenz als den Rückfall gedeutet werden können.

[3]) cap. 9 X. de haereticis 5, 4 „qui deprehensi fuerint in abjuratam haeresin **recidisse**".

[4]) Siehe die Zusammenstellung bei Geib a. a. O. S. 92 und die eingehende Darstellung bei Friedländer S. 44—72.

Hier wird bei gewissen Delikten, und zwar bemerkenswerterweise überwiegend beim Diebstahl, die wiederholte Verübung nach vorgängiger Bestrafung wegen desselben Delikts mit besonderer Strafschärfung bedroht, also gerade das charakteristische Merkmal des Rückfalls, die Vorbestrafung, gegenüber der Konkurrenz klar hervorgehoben. Freilich ist auch das ältere deutsche Recht trotzdem nicht zu einer scharfen Abgrenzung und verschiedenartigen gesetzgeberischen Behandlung von Rückfall und Konkurrenz gelangt.

Dies erhellt wohl am besten daraus, daß das Gesetzbuch, an welches die Entwicklung der Wissenschaft des gemeinen deutschen Strafrechts anknüpft, die peinliche Halsgerichtsordnung Karls V., durch seine unklar gehaltenen Bestimmungen über die Bestrafung des Diebstahls den Anlaß zu der bekannten Kontroverse gegeben hat, welche für die Ausbildung des Begriffs „Rückfall“ und der Lehre vom Rückfall so förderlich gewesen ist.[1])

In der gemeinrechtlichen Doktrin hat sich weiterhin, angeregt gerade durch jene Kontroverse, die Ausscheidung des Rückfallbegriffes aus der Vermengung mit verwandten Lehren vollzogen, eine Entwicklung, welche sich dann in der im 18. Jahrhundert in Fluß geratenden partikularen Strafgesetzgebung durch eine selbständige Behandlung des Rückfalls dokumentierte.

Diese Strafgesetzgebungen[2]) verließen den vom älteren deutschen Rechte eingenommenen Standpunkt, bei welchem der Rückfall nur

---

[1]) C. C. C. Art. 161 und 162. Die Konterverse drehte sich darum, ob in jenen Artikeln nur der Rückfall oder nur die Konkurrenz, oder beide nebeneinander, oder in Art. 161 nur die Konkurrenz, dagegen in Art. 162 der Rückfall ausschließlich gemeint sei.

Die überwiegende Meinung neigt heutzutage zu der Ansicht, daß in beiden Artikeln der Rückfall jedenfalls neben der Konkurrenz gemeint sei, eine Ansicht, welcher die gemeinrechtliche Praxis von jeher gefolgt ist.

Vergl. H. Meyer, a. a. O. S. 412 Note 15 und die ausführliche Darstellung bei Friedländer a. a. O. S. 72 ff.

[2]) Codex juris Bavarici criminalis 1751, I c. 1 § 35. Constitutio criminalis Theresiana 1768, Art. 12 § 5. Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung (Josephinisches Strafgesetzbuch) 1787 I § 14.

für bestimmte Delikte als Schärfungsgrund galt; sie fügten den Rückfall ganz allgemein der Reihe der übrigen Straferschwerungsumstände ein, ohne jedoch dabei — dem Sinne nach — den Rückfall dem richterlichen Ermessen zu entrücken.[1])

Die weiteste und letzte Konsequenz, die Heraushebung des Rückfalls aus der Reihe der Strafzumessungsgründe und Bedrohung desselben mit besonders normierten Strafen, hat sodann das französische Strafrecht der Revolutionsepoche gezogen,[2]) unter dessen Einfluß der Rückfall als allgemeiner Strafschärfungsgrund in die überwiegende Zahl der deutschen Partikularstrafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts einzog.

So hat auch noch das preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, das nachmals die Grundlage des heutigen Reichsstrafgesetzbuchs bilden sollte, den Rückfall als allgemeinen Strafschärfungsgrund behandelt,[3]) während schon vor ihm in zwei deutschen Partikularstrafgesetzen die neue Bahn beschritten worden war, auf welcher das Reichsstrafgesetzbuch ihnen dann gefolgt ist,[4]) indem es den Rückfall nur noch bei einzelnen Klassen von Delikten als Erschwerungsgrund behandelt.

Auch abgesehen von dieser Hauptfrage, ob allgemeiner Schärfungsgrund oder nur Erschwerungsgrund bei gewissen Delikten, hat der Rückfall in den deutschen Partikularstrafgesetzen eine äußerst mannigfaltige Verwertung erfahren, je nachdem die betreffenden Gesetzgeber den im Eingang erwähnten verschiedenen Fassungen des Rückfallbegriffes zuneigten.

---

[1]) Vergl. den Aufsatz von Hellweg im „Gerichtssaal", 22. Jahrgang, 1870, S. 54 ff.

[2]) Code pénal von 1810 Art. 56—58.

[3]) Preuß. Str.G.B. 14. April 1851 §§ 58, 59.

[4]) Str.G.B. für das Großherzogtum Hessen vom 18. Oktober 1841, Art. 94, Badisches Strafgesetzbuch vom 6. März 1845 § 183.

Vergl. die Darstellung der Behandlung des Rückfalls in den Strafgesetzen der deutschen Bundesstaaten bei Geib a. a. O. S. 94 ff.

Während nämlich die älteren dieser Gesetze — auf der sogenannten psychologischen Zwangstheorie basierend — die Identität des neuen mit dem früher verübten Delikte erforderten, begnügte sich die Mehrzahl der späteren, von der Präventionstheorie beherrschten mit bloßer Gleichartigkeit der Delikte. Das preußische Strafgesetzbuch[1]) nahm hier insofern eine Mittelstellung ein, als es für den Rückfall zwar Verübung „desselben" Deliktes erforderte, den Begriff „desselben" Deliktes aber in verschiedenen Einzelbestimmungen so erweiterte, daß thatsächlich für die erfahrungsmäßig wichtigsten Delikte der Rückfall schon bei bloßer Gleichartigkeit begründet war.

Diesem Zustande machte das Reichsstrafgesetzbuch ein Ende, das, im Anschluß zunächst an das bayrische Strafgesetzbuch vom 10. November 1861 und von der Erwägung ausgehend, daß von einem eigentlichen verbrecherischen Hang nur bei wenigen bestimmten Deliktsarten gesprochen werden könne, in allen andern Fällen aber der dem Richter zur Verfügung gestellte Strafrahmen auch zur zutreffenden Würdigung des Rückfalls ausreiche, den Rückfall als allgemeinen Strafschärfungsgrund fallen ließ und ihm nur noch bei einzelnen Verbrechen und Vergehen, bei denen erfahrungsgemäß die „Wiederholung auf einer eingewurzelten Neigung zu Eingriffen in fremdes Eigentum beruht",[2]) den Charakter eines Qualifikationsgrundes beilegte.

Wie in dieser Beziehung, so wich das Reichsstrafgesetzbuch auch noch weiter hinsichtlich der Voraussetzungen des Rückfalls vom Standpunkt des preußischen Strafgesetzbuchs ab, indem es bei einem Teil der in Betracht kommenden Delikte Identität, bei einem andern dagegen nur Gleichartigkeit — und zwar in verschiedenem Umfang — zur Begründung des Rückfalls fordert.

---

[1]) Preuß. Str.G.B. 14. April 1851 §§ 58, 59, 219, 233.

[2]) Motive zu dem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe (Entwurf III) zu § 239 (f. 244).

§ 2.

Die Lehre vom Rückfall in ihren Beziehungen zu der Lehre von der Änderung der Strafgesetzgebung.

Da der Rückfall seinem in § 1 erörterten Begriffe nach die Verübung einer neuen That nach erfolgter Bestrafung wegen eines früheren Deliktes, also ein zeitlich zurückliegendes Strafurteil als Grundlage für die Beurteilung der neuen Strafthat voraussetzt, so muß naturgemäß ein Wechsel in der Gesetzgebung, welcher in dem Zeitraume zwischen der Fällung des früheren Urteils und der Aburteilung der neuen That erfolgt, die Frage wachrufen, welche Bedeutung das neue Gesetz den unter der Herrschaft der früheren Strafgesetzgebung gefällten Urteilen beimißt.

Die Frage, welches Gesetz zur Anwendung zu kommen hat, wenn die neue That zwar vor Einführung des neuen Gesetzes begangen, aber noch nicht abgeurteilt worden ist, ob die Rückfallbestimmungen des zur Zeit der Begehung herrschenden Strafrechts oder diejenigen des neuen Gesetzes, könnte gleichfalls, abstrakt betrachtet, zu Zweifeln Anlaß geben. Jedoch hat die in der Doktrin vorherrschende Meinung,[1]) welche dahin geht, daß das neue Strafgesetz, soweit es milder sei als das frühere Gesetz, mit rückwirkender Kraft auch die noch unter dem früheren Gesetze begangenen und noch nicht abgeurteilten Thaten ergreife, daß somit — auf den Rückfall im Speziellen angewendet — die Rückfallsbestimmungen des neuen Rechts Platz greifen, wo sie milder erscheinen als diejenigen des früheren Gesetzes, nunmehr in § 2 Abs. 2 des R.St.G.B. ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden und ist daher für das Geltungsgebiet desselben diese Kontroverse erledigt.

Der Richter hat demnach, wenn eine vor Einführung des neuen Gesetzes begangene, aber noch nicht abgeurteilte That unter der Herrschaft des neuen Gesetzes zur Aburteilung gebracht ist,

---

[1]) Vergl. H. Meyer a. a. O. S. 109 und die dort angeführten Schriften.

lediglich zu prüfen, welches Gesetz die milderen Rückfallsbestimmungen enthält.[1])

Beispielsweise wird, wenn nach dem alten Gesetze die neue Verübung auf Grund der Verwendung des Rückfalls als allgemeinen Strafschärfungsgrundes sich als Rückfall darstellen würde, während nach dem zur Zeit der Aburteilung herrschenden Reichsstrafgesetzbuch der Rückfall bei dem betreffenden Delikte gar nicht als Qualifikationsgrund behandelt ist, das Reichsstrafgesetzbuch zur Anwendung zu bringen sein und umgekehrt wird beispielsweise, wo nach dem früheren Rechte erst die 3. Verübung als Rückfall bestraft wurde, während das Reichsstrafgesetzbuch schon die 2. Verübung als Rückfall bestraft, das alte Gesetz bei der unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuchs erfolgenden Aburteilung in Anwendung kommen müssen.[2])

Ist so die Frage, welches Gesetz anzuwenden sei, durch das Reichsstrafgesetzbuch im Prinzip erledigt, so ist bezüglich der anderen vorangestellten Frage, welche Bedeutung das neue Gesetz den unter dem alten Rechte ergangenen Vorbestrafungen beimißt, nicht das Gleiche der Fall und gerade diese Frage bietet, auch schon theoretisch betrachtet, erheblich größere Schwierigkeiten.

Das neue Gesetz kann gegenüber der alten Strafgesetzgebung hinsichtlich der formellen Voraussetzungen der Vorbestrafung, hinsichtlich der räumlichen Grenzen seines Geltungsgebietes, hinsichtlich der Voraussetzungen der Strafbarkeit und endlich vor allem hinsichtlich der Deliktsthatbestände selbst Änderungen enthalten; in allen diesen Fällen wird sich die Frage erheben, ob die unter anderer Form, von einer anderen Behörde, unter anderen Voraussetzungen der Strafbarkeit oder auf Grund eines anders gefaßten materiellen

---

[1]) Vergl. Merkel in Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. IV, 1877 S. 409.

[2]) Besondere Schwierigkeiten hinsichtlich der Frage, welches Gesetz das mildere ist, bietet mit Rücksicht auf die Geschichte des R.Str.G.B. die für den Rückfall erforderte Voraussetzung der Bestrafung „im Inlande“.

Vergl. Olshausen, Vorbestrafungen S. 103; Kommentar zu § 244 Nr. 8 S. 917 und 918; s. auch unten II § 6.

Strafgesetzes verhängte Vorbestrafung als eine den Rückfall begründende Vorbestrafung im Sinne des neuen Gesetzes anzusehen sei oder nicht.

In der strafrechtlichen Doktrin ist dieser Frage, welcher ja zumal bei der im 19. Jahrhundert in Deutschland herrschenden Rührigkeit auf dem Gebiete der Strafgesetzgebung ein weitgehendes praktisches Interesse zukommt, wiederholt bei der Erörterung der Lehre von der zeitlichen Herrschaft der Strafgesetze, insbesondere im Zusammenhang mit der Erörterung der Frage der rückwirkenden Kraft neuer Strafgesetze nähergetreten worden.[1])

Es lag in der Natur der Sache, daß in der Theorie, sofern die Frage nur in abstracto behandelt werden wollte, nur einige leitende Gesichtspunkte aufgestellt werden konnten.

Den Ausschlag für die Entscheidung in concreto muß eben immer eine sorgfältige Abwägung der einzelnen Gesetzesbestimmungen der beiden Gesetze, um deren wechselseitiges Verhältnis es sich gerade handelt, geben, um so mehr als das Detail, auf welches es hier ankommt, weniger von allgemein anerkannten Prinzipien beherrscht, als von äußeren Rücksichten mannigfacher Art, häufig sogar von redaktionellen Zufälligkeiten oder reiner Willkür des Gesetzgebers bestimmt zu werden pflegt.

Um deswillen darf aber jenen theoretischen Erörterungen der Frage keineswegs das Verdienst abgesprochen werden;[2]) denn einerseits haben dieselben zweifellos schon auf die Redaktion der einschlägigen Bestimmungen in späteren Strafgesetzen vorteilhaft eingewirkt, indem durch sie auf die früher häufig gar nicht vorausgesehenen, bei ungenauer Abfassung des neuen Gesetzes entstehenden Schwierigkeiten die Aufmerksamkeit gelenkt worden ist, andererseits aber haben sie bezüglich einer Reihe von Punkten, welche unabhängig

---

[1]) Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen; Berlin 1853 S. 61—63; Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte, II. Bd. 1. Abt., Tüb. 1862 (über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze) S. 156—164.

[2]) Vergl. Göz im Württemb. Gerichtsblatt V, S. 103.

von irgend welchen konkreten Gesetzesbestimmungen zur Entscheidung gebracht werden konnten — so z. B. bezüglich der Änderung der Voraussetzungen der Strafbarkeit und bezüglich der sogenannten Rückfallsverjährung — wesentlich zur Klärung der Schwierigkeiten beigetragen.

Auch die Gesetzgebung selbst hat, was ja nahe lag, bei Einführung eines neuen Strafgesetzes da und dort auf jene Frage Rücksicht genommen und das Verhältnis der neuen Rückfallsbestimmungen zu den unter dem alten Gesetze verhängten Vorbestrafungen in eigenen Übergangsbestimmungen zu regeln versucht; allerdings sind diese Versuche nicht durchgängig glückliche und überdies verhältnismäßig selten gewesen. Beides kann nicht auffallen, denn einerseits erscheint es unmöglich, alle bei der Einführung des neuen Gesetzes sich erhebenden Schwierigkeiten vorauszusehen und im voraus zu regeln, da eben erst die Praxis in ihrer Vielseitigkeit alle Seiten der Frage ins Licht zu stellen vermag, und andererseits erschien wohl eine derartige Regelung nicht erforderlich, weil man darauf vertrauen konnte, daß die Doktrin und Praxis die Schwierigkeiten zu überwinden verstehen werde.

Thatsächlich haben denn auch die wenigen deutschen Gesetze,[1]) welche sich mit der Frage beschäftigt haben, keineswegs dieselbe erschöpft, vielmehr gerade die wichtigsten Punkte, z. B. die Fragen, ob bei Änderung der Voraussetzungen der Strafbarkeit die unter den Voraussetzungen des früheren Gesetzes erlittenen Vorbestrafungen rückfallbegründend wirken, ferner wie es bei einer Änderung des fraglichen Deliktsthatbestandes zu halten sei, der Praxis zur Entscheidung überlassen.

---

[1]) Es sind dies außer den im Texte weiter unten angeführten das baierische Reskript vom 10. Dezember 1814, Berner, Wirkungskreis S. 61 ff., welches aber nur den allgemeinen Satz ausspricht, daß für den Rückfall auch die unter der früheren Gesetzgebung verhängten Strafen in Betracht kommen, ohne auf die hiebei entstehenden Detailfragen einzugehen, ferner das braunschweigische Publikationspatent vom 10. Juli 1840 Art. VIII.

Dies gilt insbesondere[1]) auch von dem Art. VI des Einführungsgesetzes zum preußischen Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, welcher folgendermaßen lautet:

„Bei Anwendung der Strafe des Rückfalls macht es keinen Unterschied, ob die früheren Straffälle vor oder nach dem Eintritt der Gesetzeskraft des gegenwärtigen Strafgesetzbuchs vorgekommen sind, ob die früheren Strafen ordentliche oder außerordentliche waren, ob die Strafe vollstreckt ist oder nicht,"

und ebenso von dem in der Hauptsache gleichlautenden Art. XX der preußischen Verordnung vom 25. Juni 1867, betreffend die Einführung des preußischen Strafgesetzbuchs in den neuerworbenen Landesteilen.[2])

Bei Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs wurde daher mit Recht darauf verzichtet, Übergangsbestimmungen hinsichtlich dieser Frage zu erlassen. Das Verhältnis der Rückfallsbestimmungen desselben zu den unter der Herrschaft der einzelnen Partikulargesetze verhängten Vorstrafen muß daher aus dem Gesetze selbst in Verbindung mit den für jede Gesetzesauslegung zulässigen Hilfsmitteln bestimmt werden.

Bei der Mannigfaltigkeit der Strafgesetzgebung, welche das Reichsstrafgesetzbuch bei seinem Erscheinen in Deutschland vorgefunden hat, ist es nun allerdings nicht zu verwundern, daß diese Arbeit der Vermittlung und Überleitung vom alten zum neuen Rechte im

---

[1]) Vergl. die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals bezüglich der ersten der eben erwähnten Detailfragen bei Seeger a. a. O. S. 158 ff.; das Obertribunal betrachtete allerdings die Frage als durch den Art. VI des Einführungsgesetzes erledigt.

[2]) Die Einführung des preuß. Strafgesetzbuchs, welches für den Rückfall eine Vorbestrafung durch einen preußischen Gerichtshof voraussetzte, verursachte die bekannte Kontroverse hinsichtlich der Berücksichtigung der vor der Einverleibung von den königlich hannoverschen u. s. f. Gerichten verhängten Vorstrafen, da gerade hier die sonst sehr ausführlich gefaßten Übergangsbestimmungen versagten.

Vergl. Harburger, Der strafrechtliche Begriff Inland, Nördlingen 1882, S. 47 ff.

wesentlichen der gerichtlichen Praxis überlassen geblieben ist; aber in der überaus reichen Kasuistik, welche die Erkenntnisse der höchsten deutschen Landesgerichte und später des Reichsgerichts seit dem Erscheinen des Strafgesetzbuchs gerade bezüglich der beim Rückfall in der angedeuteten Richtung entstehenden Fragen geliefert haben, lassen sich doch immer wieder jene leitenden Prinzipien erkennen, um deren Feststellung und Anerkennung die Doktrin sich bemüht und verdient gemacht hat.

§ 3.

Der Rückfall im Reichsstrafgesetzbuch und sein Verhältnis zu den unter der Herrschaft der früheren Partikularstrafgesetze verhängten Vorbestrafungen im allgemeinen.

Das Reichsstrafgesetzbuch hat die Voraussetzungen des Rückfalls nicht für alle diejenigen Verbrechen und Vergehen, bei welchen es denselben als Strafschärfungsgrund verwendet, gemeinsam geregelt, sondern mit Rücksicht darauf, daß weder dem Prinzip der Identität noch dem der Gleichartigkeit die Alleinherrschaft eingeräumt und überdies bei einem Teil der fraglichen Delikte schon die erste, bei der Mehrzahl jedoch erst die zweite Wiederholung als Rückfall angesehen werden wollte, vorgezogen, die Erfordernisse des Rückfalls für jede der in Betracht kommenden Deliktsarten besonders zu bestimmen.

Die Fassung ist infolgedessen keineswegs für alle Deliktsarten die gleiche. Während die Voraussetzungen des Rückfalls bei der Hehlerei [1]) und dem Betruge [2]) — von materiellen Verschiedenheiten selbstverständlich abgesehen — gleichlautend formuliert sind, zeigt diese Formulierung textlich eine Abweichung gegenüber der Fassung, welche für den Rückfall beim Diebstahl [3]) gewählt worden ist; die

---

[1]) R.Str.G.B. § 261.

[2]) R.Str.G.B. § 264.

[3]) R.Str.G.B. § 244.

Formulierung beim Raube[1]) aber unterscheidet sich wiederum von beiden eben erwähnten Fassungen.[2])

Dessenungeachtet ist materiell der Qualifikationsgrund des Rückfalls im Reichsstrafgesetzbuch bei allen diesen Delikten von denselben allgemeinen Voraussetzungen abhängig gemacht; jene Abweichungen beruhen nicht auf gesetzgeberischen Erwägungen materieller Natur, sondern lediglich auf Zufälligkeiten der Redaktion.[3])

Da es aber bei der Erörterung der Frage nach dem Verhältnis der Rückfallsbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs zu den unter anderen Strafgesetzen verhängten Vorbestrafungen im wesentlichen nur auf die allgemeinen Voraussetzungen ankommt, so wird es für die Erörterung im einzelnen genügen, den für eine Deliktsart formulierten Text zu Grunde zu legen, und hiezu eignet sich der § 244 des Str.G.B. am besten, weil der ihn ergänzende § 245 ja auch bei den Rückfallsbestimmungen für die anderen Delikte in Bezug genommen ist.[4])

Im nachstehenden wird daher regelmäßig von der Fassung, welche die allgemeinen Voraussetzungen des Rückfalls im § 244 R.Str.G.B. gefunden haben, ausgegangen werden.

Wendet man sich nun dem § 244 zu, so ergeben sich aus ihm in Verbindung mit § 245 als allgemeine Voraussetzungen:

Rückfall liegt vor, wenn jemand, nachdem er im Inlande (als Dieb u. s. w.) bestraft worden, darauf abermals (eine dieser Handlungen begangen hat und wegen derselben bestraft worden ist)

---

[1]) R.Str.G B. § 250 Z. 5.

[2]) Von der Besprechung des sogenannten Rückfalls beim Bettel — R.Str.G.B. § 362 Abs. 2 Satz 3 — wird hier abgesehen, da derselbe, im Gegensatz zu den übrigen Rückfallsbestimmungen des R.Str.G.B. keinen unbedingten, sondern nur einen fakultativen Strafschärfungsgrund darstellt, also mit den übrigen Rückfallsbestimmungen des R.Str.G.B. nur in einem äußerlichen Zusammenhang steht, überdies in der Richtung des Themas dieser Abhandlung keinerlei Schwierigkeiten bietet.

[3]) Olshausen, der Einfluß von Vorbestrafungen, Berlin 1876 S. 123 und 124.

[4]) R.Str.G.B. § 250 Z. 5 Satz 2; § 261 Abs. 3; § 264 Abs. 3.

eine dieser Handlungen begeht, vorausgesetzt, daß die früheren Strafen entweder wenigstens teilweise verbüßt oder ganz oder teilweise erlassen sind und daß seit der Verbüßung oder Erlassung der letzten Strafe bis zur Begehung der neuen That noch nicht zehn Jahre verflossen sind.

Aufgabe dieser Abhandlung kann es nun nicht sein, bezüglich aller Partikularstrafgesetzgebungen, welche das Reichsstrafgesetzbuch ersetzt hat, oder auch nur bezüglich einiger der hervorragendsten eine Prüfung anzustellen, inwieweit die auf Grund derselben wegen solcher Delikte, bei denen das Reichsstrafgesetzbuch den Rückfall als Qualifikationsmoment behandelt, verhängten Vorbestrafungen diesen allgemeinen Voraussetzungen, wie sie eben formuliert worden sind, entsprechen: es kann sich vielmehr hier nur darum handeln, die Punkte im allgemeinen festzustellen und zu beleuchten, an welchen sich seit Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs in dieser Richtung Schwierigkeiten gezeigt haben, wobei selbstverständlich Beispiele aus einzelnen Partikulargesetzen verwendet werden müssen.

Es werden daher zunächst folgende, die formelle Seite der unter den früheren Gesetzen verhängten Vorbestrafungen betreffende Fragen zu erörtern sein:

1. Kommen nur von gerichtlichen Organen verhängte Vorstrafen in Betracht?
2. Wirkt eine auf Grund früherer Gesetzesbestimmung vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils verbüßte Strafe als Vorbestrafung im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs?
3. Wann ist eine Vorbestrafung, die unter der Herrschaft des früheren Gesetzes erfolgte, als „im Inlande" verhängt anzusehen?

Sodann aber werden die Fälle zu besprechen sein, in welchen das neue Strafgesetz eine materielle Änderung bezüglich des den Rückfall begründenden Deliktes enthält, die Vorbestrafung also auf einem materiell anderen Gesetze beruht, und endlich wird noch in Kürze die Frage zu berühren sein, welchen Einfluß eine Änderung der die Rückfallverjährung betreffenden Normen ausübt.

In Bezug auf einen Teil dieser Fragen hat allerdings Doktrin und Praxis bereits eine feste und im wesentlichen übereinstimmende Stellung eingenommen; wenn hier trotzdem auch sie eingehender erörtert werden sollen, so geschieht dies teils um den Zusammenhang aller fraglichen Punkte nicht zu zerreißen, sodann aber noch, um eine Übersicht über die verschiedenen Ansichten und die für beide vorgebrachten Gründe zu geben. Bezüglich der anderen Punkte, über die eine Einigung noch nicht erzielt ist, rechtfertigt sich jeder Versuch einer Erörterung von selbst.

II. Erörterung der einzelnen Fragen.

1. Die Vorbestrafung in formeller Hinsicht.

§ 4.

1. Art der Vorbestrafung.

Das deutsche Strafgesetzbuch erfordert zur Begründung des Rückfalls in erster Linie, daß der Thäter vor Begehung der neuen That „bestraft" worden ist.[1])

Darüber, daß der Ausdruck „bestraft" nur kriminelle,[2]) nicht auch disziplinarische, außerhalb des Gebiets des allgemeinen Strafrechts liegende Ahndungen umfaßt, ist Theorie und Praxis durchaus einig.[3])

Dagegen hat sich bezüglich der Frage, in welcher Weise bei einem Wechsel der Gesetzgebung die frühere Strafe verhängt worden sein müsse, um die Rückfallsbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs anwendbar erscheinen zu lassen, schon zu der Zeit, als das Reichsstrafgesetzbuch eben erst Gesetzeskraft erlangte, eine tiefgehende Mei-

---

[1]) Str.G.B. §§ 244, 250 Z. 5, 261, 264; anders dagegen § 362 Abs. 2 Satz 2, wo nur „Verurteilung" erfordert ist. Über den Grund der abweichenden Fassung vergl. Olshausen, Vorbestrafungen S. 125.

[2]) und zwar kriminelle Ahndungen im weiteren, auch die nach früheren Landesgesetzen etwa verhängten polizeilichen Strafen umfassenden Sinn.

[3]) Vergl. Olshausen, Vorbestrafungen S. 85 H. Meyer, Lehrbuch S. 411 ff.

nungsverschiedenheit gezeigt, welche in der Doktrin heute noch fortbesteht, wenn auch die Praxis der Gerichte schon seit längerer Zeit einen festen und konsequenten Standpunkt ihr gegenüber eingenommen hat.

Ausgehend von der Bestimmung des § 219 des preußischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851, welche folgendermaßen lautete:

„Wer bereits zwei mal oder mehreremale durch einen preußischen Gerichtshof . . . . . verurteilt worden ist“

wurde von veschiedenen Autoren die Behauptung aufgestellt, daß auch das Reichsstrafgesetzbuch eine gerichtliche Bestrafung als rückfallbegründende Vorbestrafung voraussetze.

Die vornehmsten Vertreter dieser Ansicht, welche jedenfalls auf den Wortlaut des Strafgesetzbuchs nicht gestützt werden konnte, waren von Schwarze und von Stemann.[1])

Um die einschneidende Bedeutung ermessen zu können, welche eine derartige Auslegung des Wortes „bestraft“ beim Durchdringen der angeführten Behauptung für die deutsche Strafrechtspflege hätte gewinnen müssen, bedarf es eines kurzen Überblicks über oie deutschen Partikularstrafgesetzbücher, an deren Stelle das Reichsstrafgesetzbuch getreten ist.

Während das preußische Strafgesetzbuch, wie schon erwähnt, zur Begründung des Rückfalls eine gerichtliche Bestrafung erforderte und überhaupt für keines der Delikte, welche nach dem Reichsstrafgesetzbuch für den Rückfall in Betracht kommen, eine andere als eine gerichtliche Aburteilung kannte, hatte dagegen eine Reihe von anderen Staaten die Aburteilung eines Teiles jener Delikte, sofern eine gewisse Wertsgrenze nicht überschritten war, den polizeilichen Organen überwiesen.

---

[1]) v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl. Leipzig 1884; § 244 Nr. 6, S. 696.

v. Stemann im „Gerichtssaal,“ Jahrgang 23; 1871 S. 400 ff.; ferner Otto in den Annalen des sächsischen Oberappellationsgerichts zu Dresden, Neue Folge, 9. Bd. 1872 S. 1 ff.; Ortloff, in Stengleins Zeitschrift, Bd. I, 1872, S. 3 ff. und Taube im „Gerichtssaal“, 24. Jahrgang, 1872 S. 288 ff., die letzteren beiden ohne Begründung.

Dies war der Fall in Bayern,[1]) Württemberg,[2]) Baden,[3]) ferner in Braunschweig[4]) und ähnliche Bestimmungen hatte auch das Kriminalgesetzbuch für Hannover enthalten, an dessen Stelle allerdings seit 1. September 1867 das preußische Strafgesetzbuch getreten war.[5])

Legt man nun der Anwendung des Reichsstrafgesetzbuchs auf die unter der Geltung eines der Landesstrafgesetze ergangenen Vorbestrafungen die Auslegung des Wortes „bestraft" in § 244 Str.-G.B. zu Grunde, welche demselben von Schwarze und von Stemann geben wollen, so ergiebt sich als Konsequenz, daß z. B. derjenige, welcher in Hohenzollern, also im Geltungsgebiet des preußischen Strafgesetzbuches[6]) zweimal wegen Diebstahls von Gegenständen im Werte von weniger als 5 fl. bestraft worden war und hernach unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuches abermals einen Diebstahl begangen hatte, die erhöhte Rückfallstrafe des Reichsstrafgesetzbuches

---

[1]) K. Verordnung vom 25. März 1816 und Str.G.B. vom 10. November 1861 Art. 283 (Diebstahl).

[2]) Württ. Str.G.B. vom 1. März 1839 Art. 321 in Verbindung mit dem Württ. Polizei-Str.G.B. vom 2. Oktober 1839 Art. 89—95 (Diebstahl).

[3]) Badisches Str.G.B. vom 6. März 1845 § 477 (Diebstahl und Betrug).

[4]) Braunschw. Kriminalgesetzbuch vom 10. Juli 1840 § 216 letzter Absatz (Diebstahl); dasselbe hatte ohne hier berührende Abweichung am 1. Oktober 1843 auch im Fürstentum Lippe-Detmold Gesetzeskraft erlangt.

[5]) Kriminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840 Art. 284 und 311 und K. Verordnung vom 20. April 1857 § 2 (Diebstahl und Betrug). Die preußische Verordnung vom 25. Juni 1867, betreffend das Strafrecht u. s. w. hatte nur die schon früher angeführte Bestimmung im Art. XX getroffen, welche meines Erachtens die Frage, ob eine unter hannoverschem Gesetz erfolgte polizeiliche Vorbestrafung wegen Diebstahls nach dem 1. September 1867 als rückfallbegründend im Sinne des § 219 des Preuß. Str.G.B. angesehen werden dürfe und müsse, offen ließ, ganz abgesehen von der schon berührten Streitfrage, ob überhaupt vor der Einverleibung in Hannover ergangene Strafurteile als inländische im Sinn des Preuß. Str.G.B. anzusehen seien.

[6]) Seit 1. Januar 1852.

erleiden mußte, wogegen der Dieb, welcher in Württemberg vor Einführung des Strafgesetzbuchs einmal wegen Diebstahls gerichtlich und einmal wegen eines die Wertsgrenze von 5 fl. nicht übersteigenden Diebstahls auf Grund des Polizeistrafgesetzes vom 2. Oktober 1839 polizeilich bestraft worden war, bei Begehung eines neuen Diebstahls unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuches nicht der Rückfallstrafe verfallen konnte, weil er eben nicht zwei gerichtliche Vorbestrafungen unter der Herrschaft des alten Strafgesetzes erlitten hatte.

Noch deutlicher übrigens als an diesem Beispiel, welches doch immerhin zwei verschiedene Strafrechtsgebiete voraussetzt, zeigt sich das seltsame Ergebnis, zu welchem die von Schwarzesche Auslegung führt, in dem Falle, wenn vor der Einführung des Reichsstrafgesetzbuches in einem und demselben Strafrechtsgebiete eine Änderung der über die Kompetenz der gerichtlichen und polizeilichen Behörden bestimmenden Normen stattgefunden hat, wie dies z. B. in Württemberg kurz vor Einführung des Reichsstrafgesetzbuches der Fall gewesen ist.[1])

Hier war nämlich durch die Strafprozeßordnung vom 17. April 1868[2]) die Zuständigkeit der Gerichte auch auf diejenigen geringfügigen Eigentumsvergehen ausgedehnt worden, welche nach dem Polizeistrafgesetz vom 2. Oktober 1839 prinzipiell der Kompetenz der Polizei- und Verwaltungsbehörden überwiesen waren.

Wendet man die Schwarzesche Auslegung des § 244 Str.G.B. an, so mußte eine wegen Diebstahls im Werte von weniger als 5 fl. auf Grund des Polizeistrafgesetzes durch eine Polizeibehörde vor der Einführung jener Strafprozeßordnung verhängte Strafe bei Aburteilung eines unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuches begangenen Diebstahls unberücksichtigt bleiben, wogegen eine nach der Einführung der württembergischen Strafprozeßordnung wegen ganz

---

[1]) Göz im „Württembergischen Gerichtsblatt", 5. Bd, 1872, S. 103 ff., speziell S. 119 und 120.

[2]) Art. 21 l. c.

desselben Vergehens von einem württembergischen Oberamtsgericht verhängte Strafe als Vorbestrafung im Sinne des § 244 Str.G.B. anzusehen gewesen wäre.

Es hätte also die bloße Kompetenzveränderung innerhalb eines und desselben Strafrechtsgebiets bei Gleichheit der bestraften That und des auf sie angewendeten Strafgesetzes die Folge gehabt, daß unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuches bei nochmaliger Begehung eines Diebstahls den einen Thäter die auch bei Annahme mildernder Umstände und bei Anwendung des Strafminimum noch immer sehr scharfe Strafbestimmung des § 244 hätte treffen müssen, während auf den andern, der zufälligerweise nicht erst im Jahre 1869, sondern schon im Jahre 1868 wegen Diebstahls bestraft worden war, ohne daß selbstverständlich bei ihm der das Motiv der besonderen Bedrohung des Rückfalls bildende verbrecherische Hang deswegen in geringerem Maße vorhanden gewesen wäre, die eine weitaus gelindere Strafzumessung zulassende Strafdrohung des § 242 R.Str.G.B. anzuwenden gewesen wäre.

Diese allerdings recht drastischen Beispiele, die sich aus den angeführten Partikulargesetzgebungen leicht noch vermehren ließen, müssen schon durch ihre seltsamen Konsequenzen Zweifel an der Richtigkeit jener Ansicht hervorrufen.

von Stemann[1]) beruft sich einerseits darauf, daß das Reichsstrafgesetzbuch nur wirkliche Kriminalstrafen ins Auge fasse und solche ausschließlich vom Richter erkannt werden, andererseits erblickt er in einer den Begriff „bestraft" weiter fassenden Auslegung eine nicht im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches liegende tiefgreifende Änderung des bisherigen (preußischen) Rechts.

von Schwarze[2]) betont ebenfalls, daß „eine materielle Änderung in Bezug auf die Voraussetzung einer gerichtlichen Bestrafung" gegenüber dem § 219 des preußischen Str.G.B. nicht beabsichtigt gewesen sei; er argumentiert ferner mit den Worten des Gesetzes „darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat",

[1]) v. Stemann a. a. O. S. 411.

[2]) v. Schwarze a. a. O. S. 696.

wodurch die Gleichartigkeit der einzelnen Bestrafungen bedingt sei, und weist endlich darauf hin, daß sowohl „die Schwere der Strafandrohung wie der sachliche Unterschied der Fälle gerichtlicher und polizeilicher Bestrafung für die beschränkende Auslegung spreche, für die sich überdies mehrere Gesetzgebungen erklärt haben."

Ebenso folgert Otto[1]) aus dem Umstand, daß die Motive zum Reichsstrafgesetzbuch schweigen, daß eine Änderung gegenüber dem preußischen Strafgesetzbuch nicht beabsichtigt gewesen sei.

Was zunächst den von allen drei Vertretern der fraglichen Ansicht besonders betonten Grund betrifft, so ist es notwendig, die Entstehungsgeschichte des § 244 R.Str.G.B. ins Auge zu fassen.

Der erste Entwurf des Reichsstrafgesetzbuches[2]) hatte sich ganz der Fassung des § 219 preuß. Str.G.B. angeschlossen und demgemäß „Verurteilung durch einen norddeutschen Gerichtshof" verlangt; der zweite Entwurf[3]) dagegen stellte statt dieser Fassung das der „Bestrafung im Inlande" auf, in welcher Fassung dann der § 244 des R.St.G.B. Gesetzeskraft erlangt hat.

Über den Grund der Änderung enthalten die Motive zu dem dem Reichstag vorgelegten Entwurfe lediglich keine Andeutung.

Es erscheint nun doch seltsam, wenn aus dem Umstande, daß die Motive, die doch überhaupt niemals für jede einzelne Gesetzesbestimmung eine Begründung zu geben bestimmt sind, bezüglich jener Änderung schweigen, gefolgert werden will, daß eben jene Änderung des Textes vom Gesetzgeber ohne die Absicht einer Änderung des materiellen Rechtes, wie es sich noch im ersten Entwurfe darstellte, getroffen worden sei.

Im Gegenteil muß gerade der Umstand, daß diese veränderte Fassung gewählt wurde, darauf hinführen, daß der Gesetzgeber hier

---

[1]) Otto a. a. O. S. 11.

[2]) Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 § 219.

[3]) Entwurf eines Str.G.B. für den Norddeutschen Bund vom 31. Dezember 1869 (sogenannter Kommissionsentwurf) § 239.

eine Änderung des Gesetzesinhalts beabsichtigt hat,[1]) und die Gründe für diese Änderung liegen ja, wenn man das weiter oben bezüglich des bisherigen Standes der Gesetzgebung Angeführte sich ins Gedächtnis ruft, nahe genug, zumal da bei Abfassung der Entwürfe die bisher in den verschiedenen Bundesstaaten geltenden Gesetze zu Rate gezogen worden sind, es also dem Gesetzgeber nicht entgangen sein kann, welch mißliche Folgen aus der ursprünglich gewählten Fassung sich ergeben müßten. Der Gesetzgeber mußte vielmehr von Anfang an, wie dies ja schon das mehrerwähnte der besonderen Bedrohung des Rückfalls zu Grunde liegende legislatorische Motiv mit sich brachte, darauf bedacht sein, den unter der Geltung der früheren partikularen Strafgesetze ergangenen Strafurteilen wegen solcher Delikte, welche nach dem Reichsstrafgesetzbuch den Rückfall begründen, den Charakter von rückfallbegründenden Vorbestrafungen im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs zu verleihen.[2])

Überdies wäre ja durch jene Fassung eine auf lange Zeiträume hinaus fortwirkende Rechtsungleichheit zwischen den unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuchs zusammengefaßten partikularen Rechtsgebieten herbeigeführt worden, welche durch die im II. Entwurf gewählte Redaktion des Gesetzestextes vermieden werden konnte und worden ist und welche sicherlich nicht im Sinne einer, die möglichste Rechtseinheit für mehrere bisher unter verschiedenen Gesetzen stehende Gebiete anstrebenden Kodifikation gelegen gewesen wäre.[3])

Aber auch ganz abgesehen von all diesen Erwägungen steht der Schwarzeschen Ansicht der nackte Wortlaut des § 244 entgegen, in welchem nur das Erfordernis einer zweimaligen Bestrafung als Dieb ꝛc. statuiert, davon aber, unter welchen prozessualischen Formen und von welchen staatlichen Organen die Vorbestrafungen verhängt

---

[1]) Vergl. R.G. I. 7. Juni 1883, Entscheidungen VIII, 418.

[2]) R.G. I. 7. Juni 1883, Entscheidungen VIII, 418, R.G. I, 15. März 1886, Rechtsprechung VIII, 169.

[3]) Vergl. Entscheidung des badischen Oberhofgerichts vom 29. September 1877 bei Stenglein, Zeitschrift VII, 315 (= Goltdammer, Archiv, XXII, 259); ferner R.G. I. 7. Juni 1883, Entscheidungen VIII 418.

worden sind, gar nicht die Rede ist,[1]) und es wäre ein Verstoß gegen die für die Auslegung jedes Gesetzes geltenden, allgemein anerkannten Interpretationsregeln, wollte man eine dem klaren Wortlaut widersprechende Einschränkung in das Gesetz hineintragen ohne einen Anhaltspunkt dafür, daß jene Einschränkung von dem Gesetzgeber gewollt und nur nicht zum Ausdruck gebracht worden sei.

Ein solcher Anhaltspunkt aber existiert nicht und auch die Versicherung einer Autorität, wie derjenigen von Schwarzes, daß eine Änderung nicht beabsichtigt gewesen sei, kann, weil sie eben nur eine private Ansicht darstellt, diesen Mangel nicht ersetzen.[2])

Was ferner die anderen, für jene restriktive Auslegung ins Feld geführten Gründe betrifft, so ist zunächst die Behauptung von Stemanns, daß Kriminalstrafen nur vom Richter erkannt werden, unrichtig. Wenn auch in einer Reihe von Strafgesetzgebungen einzelner Bundesstaaten die Aburteilung geringfügiger Delikte aus historischen oder aus Zweckmäßigkeitsgründen den polizeilichen und Verwaltungsorganen zugewiesen war, so blieben diese Delikte ihrer Natur nach doch wirkliche kriminelle Vergehen und stellten die von jenen Organen erkannten Strafen kriminelle Strafen dar.[3])

---

[1]) Vergl. die Erkenntnisse des Württ. Kassationshofs vom 27. März 1872, Stenglein, Zeitschrift I, S. 284 (= Gerichtsblatt V, 382); 3. Juli 1872, Stenglein, Zeitschrift II, S. 133 (= Gerichtsblatt VI, 133); des preußischen Obertribunals vom 9. April 1874, Stenglein, Zeitschrift IV, 52 (= Oppenhoff, Rechtsprechung XV, 211 = Goltdammer, Archiv XXII, 259), ferner R.G. III, 12. Januar 1881, Rechtsprechung II, 718.

[2]) Vergl. Göz a. a. O. S. 118.

[3]) Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Tübingen 1885. Teil I, S. 628; Olshausen, Vorbestrafungen S. 86. Vergl. auch die oben angeführte Entscheidung des preuß. Obertribunals vom 9. April 1874. Allerdings trifft der letzte Teil des im Text aufgestellten Satzes — entgegen der Ansicht von Olshausen — gerade für das frühere württembergische Recht nicht zu; die in Art. 57 des Polizeistrafgesetzes von 1839 angedrohte Arreststrafe war, wie aus Art. 98 Abs. 1 desselben Gesetzes und Art. 8 des Württ. Str.G.B. von 1839 hervorgeht, nicht eine im technischen Sinn kriminelle, sondern eine polizeiliche Strafe.

Immerhin aber muß auch eine solche polizeiliche Strafe, weil im Gegensatz

Damit fällt aber auch die Schlußfolgerung von Stemanns, daß, weil das Strafgesetzbuch anerkanntermaßen nur Kriminalstrafen ins Auge fassen, alle polizeilichen Vorbestrafungen, weil nicht krimineller Natur, außer Betracht bleiben müssen. Von Stemann hat eben den Begriff der Kriminalstrafe viel zu eng gefaßt, wenn er lediglich dem formalen Gesichtspunkt der gerichtlichen oder polizeilichen Zuständigkeit ausschlaggebende Bedeutung beimißt. Dasselbe, wie die Ausführung von Stemanns, will von Schwarzes weiterer Grund, daß der Gesetzestext die „Gleichartigkeit der einzelnen Bestrafungen“ bedinge, besagen; er erledigt sich daher ebenfalls mit dem Hinweis, daß die vom Reichsstrafgesetzbuch vorausgesetzte Gleichartigkeit eben nur die kriminelle Natur der Bestrafungen, nicht die Art ihrer Verhängung betrifft.[1])

von Schwarze macht denn auf den „sachlichen Unterschied der Fälle gerichtlicher und polizeilicher Aburteilung“ aufmerksam, der für jene Einschränkung spreche. Allein ein solcher „sachlicher“ Unterschied ist gar nicht vorhanden; ob ein Diebstahl an einer Sache im Werte von weniger als 5 fl. in Preußen oder in Württemberg begangen worden ist, war für seine Auffassung als „Diebstahl“ nach den Strafgesetzen beider Staaten gleichgültig; wenn auch der in Preußen begangene Diebstahl nach dem preußischen Gesetz gerichtlich, der in Württemberg begangene dagegen nur polizeilich abgeurteilt wurde, so hatten beide Fälle dennoch den Charakter einer kriminellen Verfehlung.

Endlich weist von Schwarze darauf hin, daß ja nicht nur das preußische, sondern auch eine Reihe anderer partikularrechtlicher Strafgesetze für den Rückfall die vorgängige *gerichtliche* Bestrafung verlangten. Dies ist durchaus richtig.[2]) Allein wenn von

---

zur rein disziplinarischen Ahndung in den Rahmen des allgemeinen Strafrechts fallend, als kriminell im nichttechnischen Sinn, also als vom R.Str.G.B. unter dem Worte „bestraft“ mitverstanden angesehen werden.

[1]) Vergl. *Olshausen*, Vorbestrafungen S. 87.

[2]) So Württ. Str.G.B. vom 1. März 1839 Art. 124, 334; Braunschweigisches Kriminalgesetzbuch vom 10. Juli 1840 Art. 58, Großherzogl.

Schwarze daraus schließen will, daß um so mehr der Gesetzgeber bei der textlichen Änderung keine materielle Änderung beabsichtigt habe, so erscheint umgekehrt die Schlußfolgerung weit näher liegend, daß der Gesetzgeber, der ja alle diese Gesetzgebungen zu Rate gezogen hat, durch die Wahl der anderen Fassung deutlich zu erkennen zu geben glaubte, daß das Erfordernis der gerichtlichen Vorbestrafung wegfallen solle.

Nach all dem kann die Richtigkeit der von von Schwarze und von Stemann aufgestellten Behauptung nicht anerkannt werden und es ist auch sowohl die weitaus überwiegende Mehrzahl der Strafrechtslehrer,[1]) als die Praxis der deutschen Gerichte — wenn auch anfangs nicht ohne abweichende Entscheidungen[2]) — der gegenteiligen Ansicht gefolgt,[3]) welche auf einer natürlichen Auslegung der Gesetzesworte beruht.

§ 5.

Die Verbüßung der Vorstrafe.

Während demnach die restriktive Auslegung des Wortes „bestraft" in § 244 Str.G.B., welche nach der im vorigen Paragraphen

Hessisches Str.G.B. vom 18. Oktober 1841 Art. 95, Badisches Str.G.B. vom 6. März 1845 Art. 184 Z. 1, ferner die Strafgesetzbücher von Sachsen-Altenburg, Frankfurt a. M. und Nassau.

[1]) Vergl. z. B. Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Leipzig 1874, S. 439, Note 18; Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht I. Bonn 1881, S. 533 Nr. 2; H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 5. Aufl., Leipzig 1895 S. 414; Oppenhoff, Kommentar, 12. Aufl. Berlin 1891, zu § 244; Olshausen, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1892, zu § 244 und viele andere.

[2]) Vergl. die zwei Entscheidungen württembergischer Gerichte im Württ. Gerichtsblatt V S. 204 und 351.

[3]) Außer den schon angeführten Entscheidungen sind hervorzuheben: das Erkenntnis des braunschweigischen Obergerichts vom 11. April 1871, Stenglein, Zeitschrift I S. 154 ff., ferner die weiteren Erkenntnisse des württemb. Kassationshofs vom 28. Dezember 1872, Stenglein II, S. 198 und des sächsischen Oberappellationsgerichts vom 10. November 1876, Sächsische Gerichtszeitung XXI, 248.

eingehend dargestellten Richtung versucht worden ist, als ungerechtfertigt zurückgewiesen werden muß, herrscht darüber keinerlei Streit, daß das Wort „bestraft“ nach einer anderen Richtung hin in extensiver Weise interpretiert werden muß, insofern aus § 245 Str.G.B. verbis „auch wenn die früheren Strafen nur teilweise verbüßt sind“ hervorgeht, daß unter der „Bestrafung“ nicht bloß die Verhängung der Strafe, sondern weitergehend auch noch deren Verbüßung zu verstehen ist. [1])

Wiewohl diese Gesetzesbestimmung gegenüber einer Reihe von Partikularstrafgesetzen – und gerade gegenüber den wichtigsten — insofern eine Änderung bedeutet, als durch jene als Voraussetzung der rückfallbegründenden Wirkung einer Vorbestrafung lediglich die rechtskräftige Verurteilung erfordert worden war, [2]) so wurde doch durch dieselbe eine Schwierigkeit hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den unter der Herrschaft des früheren Gesetzes ergangenen Bestrafungen im allgemeinen nicht hervorgerufen.

Es können eben unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuchs nur diejenigen nach dem früher geltenden Rechte verhängten Vorbestrafungen für den Rückfall in Betracht gezogen werden, welche den in § 245 aufgestellten Voraussetzungen hinsichtlich der Verbüßung bezw. das derselben gleichgestellten Erlasses entsprechen, mag auch nach dem früheren Gesetze die Vorbestrafung zur Begründung des Rückfalls geeignet gewesen sein, ohne daß es eines weiteren Erfordernisses als des die Strafe aussprechenden rechtskräftigen Urteils bedurfte. [3])

Zweifel kann nur die Frage erregen, ob und wann die Verbüßung der unter der Herrschaft des alten Gesetzes verhängten Freiheitsstrafe begonnen hat. Maßgebend hiefür sind die auf die Strafvollstreckung bezüglichen Bestimmungen der partikularen Gesetz-

---

[1]) Vergl. Olshausen, Vorbestrafungen S. 84.

[2]) So Preuß. Str.G.B. 1851 §§ 58, 219; Bairisches Str.G.B. 1861 Art. 276, 282, 286, 301, 309; Württemb. Str.G.B. 1839 Art. 124, 334; Badisches Str.G.B. 1845 § 184.

[3]) Vergl. v. Schwarze, Kommentar, zu § 244.

gebung, die selbstverständlich noch hier untereinander mannigfache und einschneidende Verschiedenheiten aufweisen, wie z. B. innerhalb des Königreichs Preußen für die im Jahre 1866 einverleibten Gebiete die Strafprozeßordnung vom 25. Juni 1867[1]) dem Verurteilten, der kein Rechtsmittel eingelegt hatte, die seit Verkündung des Urteils erlittene Untersuchungshaft auf die Strafe in Anrechnung brachte, während in den alten Provinzen, wo die Verordnung vom 3. Januar 1849 und das Gesetz vom 3. Mai 1852 in Geltung geblieben waren, die Verbüßung der Zuchthausstrafe erst von der Ablieferung des Verurteilten an das Zuchthaus zu berechnen war.[2])

Es bedarf also, um festzustellen, ob eine Strafe wenigstens teilweise verbüßt, also hier das Geltungsgebiet des Reichsstrafgesetzbuchs als rückfallbegründend anzusehen ist, einer Prüfung der Vollstreckungsvorschriften, welche zur Zeit der früheren Aburteilung gegolten haben.

Auch noch eine weitere Frage wird durch die Verschiedenheit der die Strafvollstreckung betreffenden landesgesetzlichen Vorschriften angeregt, insofern nämlich eine Reihe von Prozeßordnungen[3]) eine Verbüßung schon vor dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils im Interesse des Verurteilten zuließen, die Frage nämlich, ob nur Vorbestrafungen (also einschließlich der mindestens teilweisen Verbüßung) auf Grund rechtskräftigen Urteils nach §§ 244 und 245 Str.G.B. zu berücksichtigen sind.

Diese Frage ist zu verneinen, soweit Vorbestrafungen in Betracht kommen, welche unter der Herrschaft eines jene Vergünstigung kennenden Prozeßgesetzes verbüßt worden sind.[4])

Denn das Reichsstrafgesetzbuch verlangt nur eine Bestrafung

---

[1]) l. c. § 429.

[2]) Vergl. Olshausen, Vorbestrafungen S. 90 ff.

[3]) Vergl. z. B. § 557 der preußischen Kriminalordnung von 1805.

[4]) So die Erkenntnisse des Preuß. Obertribunals vom 20. III. 1872, Oppenhoff, Rechtsprechung XIII, 217 und vom 26. April 1872, ebendaselbst XIII, 284 (= Stenglein, Zeitschrift I, 284).

(einschließlich der wenigstens teilweisen Verbüßung), ohne über die Art der Verbüßung irgend welche Vorschriften machen zu wollen. Es muß daher jede, nach den maßgebenden Gesetzen erfolgte Vollstreckung als genügend anerkannt werden,[1]) während allerdings für die unter der Herrschaft der Reichsstrafprozeßordnung verhängten Urteile Verbüßung nach Eintritt der Rechtskraft erfordert werden muß, weil eben die R.Str.P.O. § 481 die Vollstreckbarkeit von dem Eintritt der Rechtskraft abhängig macht.[2])

Die abweichende Ansicht, welche schon aus den §§ 244 und 245 R.Str.G.B. ohne Rücksicht auf die in Betracht kommenden prozeßrechtlichen Vorschriften folgern will, daß das Reichsstrafgesetzbuch nur rechtskräftige Erkenntnisse und Verbüßungen nach eingetretener Rechtskraft als Vorbestrafungen gelten lassen wolle, erscheint nicht begründet.[3]) Das Reichsstrafgesetzbuch macht keinen Unterschied und es konnte auch vom gesetzgeberischen Standpunkte aus angesichts des Standes der Strafprozeßgesetzgebung in Deutschland jenen Unterschied gar nicht machen, da ja dadurch einer Reihe von nach den Landesgesetzen ordnungsmäßig, wenn auch vor Eintritt der Rechtskraft verbüßten Strafen der rückfallbegründende Charakter lediglich aus diesem formalistischen Motive entzogen worden wäre.

---

[1]) So die herrschende Ansicht; Olshausen, Vorbestrafungen S. 94 und Kommentar zu § 244 Nr. 6, S. 916, außerdem die dort citierten Schriften.

[2]) Vergl. R.G. I. 16. Mai 1881, Entscheidungen IV, 230 und IV. 25. September 1885, Entsch. XIII, 18. „Das Bestraftwerden setzt ein rechtskräftiges Erkenntnis voraus."

[3]) Dieselbe wird vertreten von Merkel in Holtzendorffs Rechtslexikon 3. Aufl. I S. 530 verbo Diebstahl und bei Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, IV, 1877 S. 411, ferner von Hellweg im Gerichtssaal, 22. Jahrgang 1870 S. 73; außerdem stehen auf diesem Standpunkt die Erkenntnisse des preuß. Obertribunals vom 30. Juni 1876 (Stenglein, Zeitschrift VI, 307) und des bairischen obersten Gerichtshofs vom 16. Oktober 1874 (Bairische Entscheidungen IV, 461).

§ 6.

Ort der Vorbestrafung.

Als weitere allgemeine Voraussetzung stellt sodann das Reichsstrafgesetzbuch auf, daß die Vorbestrafung „im Inland“ erfolgt sein müsse.

Im Anschluß an diese Bestimmung hat sich eine lebhafte Kontroverse darüber erhoben, ob die Vorbestrafung, um den Rückfall zu begründen, in einem Gebiete erfolgt sein müsse, welches bereits zur Zeit der Verhängung der Vorstrafe Inland gewesen sei, oder ob es genüge, daß die Vorbestrafung in einem Gebiete erfolgt sei, welches zur Zeit der Begehung des neuen Deliktes zum Inlande gehört. Bevor jedoch auf die Erörterung dieser Frage eingegangen werden kann, wird festzustellen sein, was das Reichsstrafgesetzbuch unter „Inland“ versteht.

Der § 8 R.Str.G.B. giebt hierüber deutlichen Aufschluß, indem er bestimmt:

> „Ausland im Sinne dieses Strafgesetzes ist jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet,“

woraus sich umgekehrt folgern läßt: Inland im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs ist jedes zum Deutschen Reich gehörige Gebiet.

Allein diese Fassung hat das Reichsstrafgesetzbuch nicht von Anfang an besessen; der Begriff „Inland“ ist erst im Laufe der Ausdehnung des Geltungsgebietes des Reichsstrafgesetzbuchs auf das Gebiet des Deutschen Reiches erweitert worden, bis er seinen heutigen Umfang erreichte.

Ein Blick auf diesen Entwicklungsgang wird dies darthun.

Der § 8 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 [1]) hatte den § 8 in ganz derselben Fassung, wie das heutige Reichsstrafgesetzbuch, nur daß statt der Worte „zum Deutschen Reich gehöriges Gebiet“ selbstverständlich die Worte „zum Norddeutschen Bund gehöriges Gebiet“ gesetzt waren.

---

[1]) Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1870 S. 195.

Nach diesem Wortlaute waren also alle diejenigen späteren Gebietsteile des Deutschen Reiches, welche zum Nordbunde nicht gehörten, d. h. Bayern, Württemberg, Baden, die südlich des Mains gelegenen Provinzen des Großherzogtums Hessen (Rheinhessen und Starkenburg), endlich die nachmaligen Reichslande Elsaß-Lothringen als Ausland anzusehen. Es konnten daher — solange in dieser Richtung Änderungen nicht eintraten — Vorbestrafungen, welche von Gerichten jener Gebietsteile verhängt worden waren, bei Aburteilung eines Deliktes im Gebiet des Norddeutschen Bundes für die Anwendung der Rückfallbestimmungen keine Berücksichtigung finden.

Die erste Erweiterung seines Geltungsgebietes erfuhr jedoch das Norddeutsche Strafgesetzbuch schon am selben Tage, an welchem es im Norddeutschen Bunde in Kraft trat, d. h. am 1. Januar 1871, indem auf Grund des Art. 80 Abs. 2 der durch die Versailler Novemberverträge, speziell durch den Vertrag des Norddeutschen Bundes mit Baden und Hessen d. d. Versailles 15. November 1870 vereinbarten „Verfassung des Deutschen Bundes“ [1]) das Norddeutsche Strafgesetzbuch am 1. Januar 1871 auch in den südlich des Mains gelegenen Teilen des Großherzogtums Hessen zur Einführung gelangte.

Gleichzeitig trat daselbst aber auch diese Bundesverfassung selbst in Kraft und mit ihr die im Eingang des Art. 80 enthaltene Übergangsbestimmung, wonach in den vom Tage der Wirksamkeit der Bundesverfassung an zu Gesetzen des Deutschen Bundes erklärten und in das gesamte Bundesgebiet eingeführten Gesetzen des Norddeutschen Bundes überall, wo in diesen Gesetzen von dem Norddeutschen Bunde, dessen Gebiete u. s. f. die Rede sei, der Deutsche Bund und dessen entsprechende Beziehungen zu verstehen seien.

So wurde also das Geltungsgebiet und der Inlandsbegriff des Norddeutschen Strafgesetzbuchs von Anfang an über das Gebiet des Norddeutschen Bundes hinaus auf Südhessen ausgedehnt [2]) und

---

[1]) Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1870 S. 647 ff.

[2]) Übereinstimmend die Meisten, vergl. Olshausen, Kommentar I S. 3 und Harburger, der strafrechtliche Begriff Inland, Nördlingen 1882, S. 85.

damit die von Olshausen [1]) erwähnte seltsame Komplikation vermieden, welche hätte entstehen müssen, wenn das Strafgesetzbuch allein ohne den Verfassungsvertrag und die in letzterem enthaltenen Übergangsbestimmungen am 1. Januar 1871 in Kraft getreten wäre.

Bezüglich der übrigen süddeutschen Staaten — Bayern, Württemberg und Baden — war, und zwar bezüglich des letztgenannten Staates im Vertrag vom 15. November 1870, bezüglich der beiden andern in den Verträgen, [2]) durch welchen ihr Beitritt zu dem über die Gründung eines Deutschen Bundes zwischen Baden, Hessen und dem Nordbunde geschlossenen Vertrage vereinbart worden war, bestimmt worden, daß das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund in ihren Gebieten vom 1. Januar 1872 in Geltung treten solle. Auch für diese Staaten galt, jedoch mit der für den Beginn der Wirksamkeit getroffenen Modifikation, die in Art. 80 der Bundesverfassung enthaltene Übergangsbestimmung, nachdem auch in ihnen die Bundesverfassung am 1. Januar 1871 zur Einführung gelangt war.

Das Reichsgesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches, vom 16. April 1871 [3]) — publiziert am 20. April, in Kraft getreten am 4. Mai 1871 [4]) — erhielt die sämtlichen, bezüg-

---

[1]) Olshausen, Vorbestrafungen S. 101. Der südhessische Richter hätte nämlich in diesem Falle, weil § 8 des Nordd. Str.G.B. nur das Gebiet des Nordbundes als Inland anerkannte, Südhessen aber nicht zum Nordbunde gehörte, seinen eigenen Gerichtsbezirk als Ausland im Sinne des in diesem Gerichtsbezirk eingeführten Str.G.B. ansehen müssen. Wie im Texte ausgeführt, erscheint die von Olshausen a. a. O. versuchte Rechtfertigung der alsbaldigen Ausdehnung des Inlandbegriffes auf Südhessen angesichts des Art. 80 der Verfassung des Deutschen Bundes gar nicht nötig und Olshausen selbst scheint nunmehr die Tragweite des Art. 80 in der im Text angenommenen Art zu verstehen. Vergl. Olshausen, Kommentar I S. 3 und 8.

[2]) Bayern: Vertrag vom 23. November 1870, Reichsgesetzblatt 1871 S. 21 ff.;

Württemberg: Vertrag vom 25. November 1870 Bundesgesetzblatt 1870 S. 656.

[3]) Reichsgesetzblatt 1871 S. 63 ff.

[4]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, I Tübingen 1876, S. 50.

lich der Einführung der im Norddeutschen Bunde ergangenen Gesetze in den einzelnen süddeutschen Staaten getroffenen Bestimmungen in seinem § 2 Abs. 1 aufrecht, fügte jedoch im Abs. 2 desselben Paragraphen die Übergangsbestimmung bei, daß jene Gesetze Reichsgesetze seien und, wo in einem derselben von dem Norddeutschen Bunde, dessen Gebiete u. s. f. die Rede sei, das Deutsche Reich und die entsprechenden Beziehungen zu verstehen seien.

Bald darauf wurde sodann durch das Gesetz betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 15. Mai 1871 [1]) die neue Fassung des Reichsstrafgesetzbuchs festgestellt, in welcher der § 8 den jetzigen — zu Anfang dieses Abschnitts angeführten Wortlaut erhalten hat. Diese Fassung trat in den Gebieten, wo das Strafgesetzbuch bisher schon Geltung erlangt hatte, am 1. Januar 1872 in Kraft, nachdem noch am 1. Oktober 1871 die alte Fassung in den Reichslanden eingeführt worden war, deren Vereinigung mit dem Deutschen Reiche auf Grund des Reichsgesetzes vom 9. Juni 1871, [2]) publiziert am 14. Juni und in Kraft getreten am 28. Juni 1871, stattgefunden hatte.

Endlich erfolgte am 1. Januar 1872 auf Grund der früher angeführten Verträge und Gesetze die Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs in der neuen Fassung auch in den drei süddeutschen Staaten, welche bis dahin ihre eigenen Strafgesetze behalten hatten, und es hatte somit an diesem Tage das Geltungsgebiet des Reichsstrafgesetzbuchs die Kongruenz mit dem Gebiet des Deutschen Reiches erlangt.

Darüber nun, welchen Einfluß diese stufenweise Entwicklung des Geltungsgebietes des Strafgesetzbuchs und des Begriffes Inland im Sinne des Strafgesetzbuchs auf das Verhältnis der einzelnen Gebiete, die jetzt das Geltungsgebiet und das Inland des Reichs-

---

[1]) Reichsgesetzblatt 1871 S. 127.

[2]) Reichsgesetzblatt 1871 S. 212.

strafgesetzbuchs ausmachen, zu einander gehabt habe, sind die Ansichten geteilt.

Daß Südhessen und das Gebiet des Norddeutschen Bundes vom 1. Januar 1871 an gegenseitig Inland gewesen seien, ist schon früher ausgeführt worden.

Bezüglich der Frage dagegen, von wann an die drei süddeutschen Staaten auf der einen Seite, die Reichslande auf der andern Seite Inland im Sinne des Strafgesetzbuchs seien, sind verschiedene Anfangstermine aufgestellt worden und zwar:

1. für die süddeutschen Staaten:
   a) der 1. Januar 1871 als der Tag, an welchem die staatsrechtliche Gestaltung „Deutsches Reich" — wenn auch zunächst unter der Bezeichnung „Deutscher Bund" in die Existenz getreten sei;[1])
   b) der 4. Mai 1871 als der Tag, an welchem das Verfassungsgesetz vom 16. April 1871 Gesetzeskraft erlangt hat;[2])
   c) der 1. Januar 1872 als der Tag, an welchem das Reichsstrafgesetzbuch in der Fassung des Gesetzes vom 15. Mai 1871 in Kraft getreten sei;[3])

---

[1]) Fuchs, „Der Begriff des Auslands" in der Allgemeinen Deutschen Strafrechtszeitung Bd. XII (1872) S. 431—434 (ebenso dem Sinn nach — wiewohl ohne ausdrücklichen Ausspruch — auch Meves ebendaselbst S. 120 ff., insbesondere S. 126), ferner Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht Bd. II, Bonn 1887 S. 336 Nr. 4, Merkel im Rechtslexikon verbo „Diebstahl" S. 531 und in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. III, 1872, S. 688, Bd. IV, 1877, S. 410.

[2]) Olshausen, Vorbestrafungen S. 99—108, insbesondere S. 103; Kommentar II zu § 244 Nr. 8 S. 917 und die dort angeführten Schriftsteller; im Resultat auch Ortloff, Der Rückfall im Deutschen Str.G.B., Stengleins Zeitschrift I (1872 S. 3 ff.), insbesondere S. 9: Übereinstimmend H. Meyer S. 414 und S. 118.

[3]) v. Schwarze, Kommentar § 244 Nr. 3 a Note 2; Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl, herausgegeben von Stenglein. Berlin 1881, zu § 244 Nr. 2; Harburger, Inland S. 73 ff. Otto in den Annalen des sächs. Oberappellationsgerichts, Neue Folge, 9. Bd. 1872, S. 1 ff.

2. für Elsaß-Lothringen:
   a) gleichfalls der 1. Januar 1871;[1])
   b) der 28. Juni 1871 als der Tag, an welchem das Vereinigungsgesetz Gesetzeskraft erlangte;[2])
   c) der 1. Oktober 1871 als der Tag, an welchem das Reichsstrafgesetzbuch in der Fassung des Norddeutschen Strafgesetzbuchs in Elsaß-Lothringen in Wirksamkeit trat;[3])
   d) der 1. Januar 1872.[4])

Was zunächst die vorangestellte Ansicht betrifft, daß vom 1. Januar 1871 ab sämtliche zum Reiche gehörenden Gebiete untereinander als Inland anzusehen seien, so stützt sich dieselbe darauf, daß

> „von dem Augenblicke an, wo man staatsrechtlich die Existenz eines Deutschen Reiches als erweiterten Deutschen Bundes anerkennen muß, auch der Begriff Inland in § 8 des Str.G.B. von selbst eine andere und erweiterte Bedeutung erhalten hat.“[5])

Allein, wenn es auch richtig ist, daß der 1. Januar 1871 als der staatsrechtliche Geburtstag des Deutschen Reiches angesehen werden muß,[6]) so kann doch nicht zugegeben werden, daß dieser staatsrechtliche Vorgang, welcher doch nur die äußere Umgestaltung des seitherigen politischen Zustandes zu bewirken hatte, auf das Strafrecht irgend welchen Einfluß gehabt habe. Die Gründe, welche Fuchs für seine Theorie ins Feld führt, sind lediglich politischer Natur und solchen Erwägungen, die de lege ferenda vielleicht ganz angebracht wären, kann gegenüber dem thatsächlichen Stande der

---

[1]) So Fuchs und die übrigen in Note 10 Angeführten.

[2]) So Olshausen a. a. O.

[3]) Harburger, Inland S. 85.

[4]) v. Schwarze a. a. O., Rüdorff a. a. O., vergl. Olshausen, Vorbestrafungen S. 107.

[5]) Fuchs a. a. O.

[6]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches 2. Aufl., Freiburg 1888 Bd. I S. 43.

Gesetzgebung kein Gewicht beigelegt werden. [1]) Die von Fuchs verwendete Argumentation mit Art. 3 der Reichsverfassung (gemeinsames Indigenat) erscheint keineswegs beweiskräftig; denn die einzelnen Folgerungen, welche sich aus dem gemeinsamen Indigenat für die Rechtsstellung der Reichsangehörigen ergeben, hat der Art. 3 selbst klar und deutlich ausgesprochen.

Kann demnach der 1. Januar 1871 nicht als maßgebend für die Ausdehnung des Begriffes Inland im Sinne des Norddeutschen Strafgesetzbuchs auf die drei süddeutschen Staaten angesehen werden, so gilt das Gleiche bezüglich Elsaß-Lothringens, welches damals mit dem Deutschen Reiche noch gar nicht vereinigt war.

Die zweite insbesondere von Olshausen und Oppenhoff [2]) vertretene Ansicht geht davon aus, daß kraft der in § 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. April 1871 getroffenen, keinerlei Zeitbeschränkung enthaltenden Bestimmung der Begriff Inland vom Tage der Wirksamkeit jenes Gesetzes, also vom 4. Mai 1871 an derartig erweitert worden sei, daß nunmehr im Sinne des (vormals Norddeutschen) Strafgesetzbuchs die drei süddeutschen Staaten als Inland zu betrachten gewesen seien, wogegen in den süddeutschen Staaten, wo das Reichsstrafgesetzbuch erst am 1. Januar 1872 in Kraft trat und bis dahin die Partikularstrafgesetzbücher mit dem früheren engen Inlandsbegriff in Geltung blieben, das Gebiet des ehemaligen Norddeutschen Bundes und Südhessens einerseits und außerdem für jeden der drei Staaten das Gebiet der beiden übrigen andererseits nicht als Inland galten.

Gegen diese Ansicht wird von der Seite, welche erst den 1. Januar 1872 als den Termin ansieht, von welchem ab der Begriff Inland des § 8 Str.G.B. das ganze Gebiet des Deutschen Reiches umfaßte, vor allem angeführt, daß die Einführung des für den ganzen Umfang des Deutschen Reiches bestimmten Strafgesetz-

---

[1]) Vergl. auch Harburger S. 76 und Olshausen Vorbestrafungen S. 102 ff.

[2]) Olshausen a. a. O.; Oppenhoff, Das Str.G.B. für das Deutsche Reich, 12. Aufl., Berlin 1891, zu § 8 Nr. 6.

buchs in Gemäßheit der Verfassungsverträge und des Gesetzes vom 15. Mai 1871 erst am 1. Januar 1872 erfolgt sei.[1])

Allein es wird, wie Olshausen richtig bemerkt, hiebei übersehen, daß das Gesetz vom 16. April 1871 zwar nach dem Wortlaut des in seinem § 2 Abs. 1 in Bezug genommenen Art. 80 der Bundesverfassung vom 15. November 1870 mit seiner in § 2 Abs. 2 enthaltenen Bestimmung in den drei süddeutschen Staaten erst zu der Zeit thatsächliche Wirksamkeit erlangen konnte, zu welcher die im Norddeutschen Bunde ergangenen Gesetze, von deren anderer Fassung § 2 Abs. 2 l. c. handelt, nach Art. 80 der Bundesverfassung in jenen Staaten eingeführt werden sollten, also vom 1. Januar 1872 an, daß jedoch für das Gebiet des Norddeutschen Bundes und Südhessens, wo das Strafgesetzbuch schon am 1. Januar 1871 Geltung erlangt hatte, „von dem Tage der Wirksamkeit der gegenwärtigen Verfassung an," also vom 1. Januar 1871 ab auch die im Art. 80 der genannten Bundesverfassung enthaltene Übergangsbestimmung in Kraft getreten ist, welche der Abs. 2 des § 2 des Gesetzes vom 16. April 1871 zu ersetzen bestimmt war, und es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß für das Gebiet des vormaligen Norddeutschen Bundes und Südhessens nach § 2 Abs. 2 des angeführten Reichsgesetzes von dem Tage an, an welchem das Gesetz in Wirksamkeit trat, d. h. vom 4. Mai 1871 ab, Inland nicht mehr bloß das eigene Territorium, sondern auch das Gebiet der Südstaaten gewesen ist.

Die Behauptung Harburgers, daß dem § 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. April 1871 nur informatorische, keine dispositive Bedeutung zukomme, ist weder durch die Motive jenes Gesetzes noch durch den Wortlaut der fraglichen Gesetzesbestimmung gerechtfertigt.

Was Harburger sonst gegen die Olshausensche Ansicht anführt, ist keineswegs stichhaltig. Er will dem Gesetzgeber nicht zutrauen, daß derselbe eine Bestimmung getroffen habe, kraft deren in der Zeit vom 4. Mai 1871 bis 1. Januar 1872 die süddeutschen Staaten

---

[1]) Harburger a. a. O. S. 77 ff.; vergl. das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Jena, mitgeteilt von Fuchs a. a. O.

zwar in Norddeutschland, nicht aber umgekehrt das norddeutsche Gebiet in Süddeutschland als Inland im Sinne des Strafgesetzbuchs anzusehen war.

Es dürften aber immerhin für die vom Gesetzgeber getroffene Regelung kriminalpolitische Gründe und Zweckmäßigkeitserwägungen mindestens ebensostark gesprochen haben, als für die von Harburger gewollte Normierung, kraft deren auch die süddeutschen Staaten für das Gebiet des Norddeutschen Bundes und Südhessens während jenes Zeitraums Ausland gewesen wären; zumal wenn man in Betracht zieht, daß beim Rückfall von den süddeutschen Staaten nur Württemberg eine Vorbestrafung im Inland erforderte,[1] thatsächlich also nach der vom Gesetz getroffenen Regelung die in Norddeutschland verhängten Vorbestrafungen auch im größten Teil des süddeutschen Gebietes als rückfallbegründend angesehen wurden, während nach der Harburgerschen Ansicht die in allen süddeutschen Staaten ergangenen Vorbestrafungen bei während jenes Zeitraums in Norddeutschland erfolgenden Aburteilungen nicht als inländische hätten berücksichtigt werden dürfen, ein Ergebnis, das noch erheblich weniger im Interesse der Rechtspflege gewesen wäre als das thatsächlich erzielte.

Überdies kann ja derartigen Operationen mit der zu supponierenden vernünftigen Absicht des Gesetzgebers für die Auslegung eines Gesetzes dann kein Wert beigemessen werden, wenn der Gesetzgeber die bei der vorliegenden Frage klar genug seinen Willen kundgethan hat.

Demnach ist die von Olshausen vertretene Theorie als richtig anzuerkennen, soweit die süddeutschen Staaten in Betracht kommen.

Dasselbe gilt aber hinsichtlich Elsaß-Lothringens.

Dieses Gebiet ist durch Gesetz vom 9. Juni 1871 — in Geltung getreten am 28. Juni 1871 — mit dem Deutschen Reiche vereinigt worden.

---

[1]) Str.G.B. vom 1. März 1839, Art. 124. Harburger nimmt dasselbe auch vom bairischen Str.G.B. vom 10. Nov. 1861 Art. 276 an, stellt sich hiebei aber, wie er selbst anerkennt, in Gegensatz zu der Praxis der bairischen Gerichte.

Da nach § 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. April 1871, wo im Reichsstrafgesetzbuch vom Gebiete des Deutschen Bundes die Rede ist, das Gebiet des Deutschen Reiches zu verstehen ist, so wurde der Begriff Inland des Reichsstrafgesetzbuchs mit dem Inkrafttreten des Vereinigungsgesetzes von selbst dahin erweitert, daß für das Gebiet, in welchem das Reichsstrafgesetzbuch galt, Elsaß-Lothringen als Inland gelten mußte, während allerdings für Elsaß-Lothringen dasselbe galt, wie für die süddeutschen Staaten nach dem 4. Mai 1871, also das Gebiet des vormaligen Norddeutschen Bundes zunächst, d. h. bis zu der am 1. Oktober 1871 erfolgten Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs als Ausland anzusehen war. [1])

Als Resultat ergiebt sich also:

1. für das Gebiet des ehemaligen Norddeutschen Bundes und Südhessen war vom 1. Januar 1871 ab das Inland im Sinn des Strafgesetzbuchs gleich mit dessen Geltungsgebiet.
2. Für diese beiden Gebiete waren:
   a) vom 4. Mai 1871 Bayern, Württemberg und Baden;
   b) vom 28. Juni 1871 ab auch Elsaß-Lothringen Inland;
3. für Bayern, Württemberg und Baden bis zum 1. Januar 1872, für Elsaß-Lothringen bis zum 1. Oktober 1871 waren das Gebiet des Norddeutschen Bundes und Südhessen Ausland im strafrechtlichen Sinne.
4. Ebenso waren Bayern, Württemberg, Baden für Elsaß-Lothringen bis zum 1. Oktober 1871 Ausland, von da ab Inland, während letzteres für erstere Ausland bis 1. Januar 1872 blieb.
5. Endlich waren Bayern, Württemberg und Baden untereinander bis zum 1. Januar 1872 Ausland, von da ab Inland. [2])

Nachdem so darüber Klarheit erlangt ist, daß mit Rücksicht auf den historischen Ausdehnungsprozeß, den der Begriff Inland des Reichsstrafgesetzbuchs durchgemacht hat, dieser Begriff für die einzelnen Gebiete, welche heute das Inland bilden, nicht stets der

---

[1]) Abweichend Harburger a. a. O. ohne nähere Begründung.

[2]) Übereinstimmend Olshausen a. a. O.

gleiche gewesen ist, kann zur Erörterung der Frage geschritten werden, welche speziell die Lehre vom Rückfall berührt, zu der Frage nämlich, wann eine Vorbestrafung „im Inlande“ im Sinne des § 244 Str.G.B. erfolgt ist.

Die in der Theorie und Praxis vorherrschende Ansicht geht dahin, daß zur Begründung des Rückfalls solche Vorbestrafungen genügen, welche von einem Gerichte eines zur Zeit der Verübung der neuen, abzuurteilenden That dem Deutschen Reiche angehörigen Gebietes verhängt worden sind, gleichviel ob jenes Gebiet zur Zeit der Vorbestrafungen Inland gewesen ist oder nicht.

Diese Meinung hat jedoch von verschiedenen Seiten und mit verschiedenen Gründen, die zu abweichenden Konsequenzen führen mußten, lebhaften Widerspruch erfahren.

Zunächst hat von Stemann in dem früher mehrerwähnten Aufsatz [1]) die Ansicht ausgesprochen, daß „der Ort der Bestrafung zur Zeit der Strafvollstreckung zum Inlande gehört haben“ müsse, woraus sich ergeben würde, daß nur solche Vorbestrafungen — abgesehen von den nach Einführung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, bezw. des Deutschen Reiches erfolgten — zur Begründung des Rückfalls geeignet seien, welche in demselben Bundesstaate erfolgt seien, in welchem die Aburteilung der neuen That erfolgt.

Zur Begründung dieser Ansicht wird ausgeführt, daß wenn einer in der Vergangenheit liegenden Thatsache der Ort ihrer Erscheinung beigefügt werde, wie dies in § 244 Str.G.B. in den Worten „im Inlande bestraft“ geschehen sei, so

> „kann die Örtlichkeit doch nur aus denjenigen Merkmalen erkannt werden, welche zur Zeit, wo die Thatsache sich ereignete, die zutreffenden waren, nicht aus solchen, die erst einer späteren Zeit angehören.“

So könne doch, wenn ein Dieb im Jahre 1863 im Königreich Sachsen bestraft worden sei, in Preußen im Jahre 1871 niemand sagen, daß jene Vorbestrafung „im Inlande“ erfolgt sei, da Sachsen

---

[1]) Gerichtssaal 23. Jahrgang 1876 S. 413—419.

eben erst nach jener Bestrafung im Verhältnis zu Preußen strafrechtliches Inland geworden sei.

Von Stemann ging, da er als entscheidende Momente für den Inlandsbegriff die Einführung der Verfassungen des Norddeutschen Bundes (1. Juli 1867), bezw. des Deutschen Reiches (1. Januar 1871) ansieht, von offenbar unrichtigen Voraussetzungen aus. Wenn auch der Art. 3 der Verfassung des Norddeutschen Bundes für das Gebiet dieses Bundes ein gemeinsames Indigenat geschaffen hatte, so hatte dieser staatsrechtliche Inlandsbegriff mit dem strafrechtlichen Inlandsbegriff nichts gemeinsam, ein strafrechtliches Inland sind die einzelnen Staaten des Norddeutschen Bundes füreinander erst mit der Einführung des Norddeutschen Strafgesetzbuches geworden. Daß ebensowenig aus Art. 3 der Bundesverfassung vom 15. November 1870 ein strafrechtlicher Inlandsbegriff für das Gebiet des Deutschen Reiches zu konstruieren ist, wurde schon früher berührt.

Mußte demnach die Ansicht von Stemanns schon infolge ihrer unrichtigen Voraussetzungen zu keinen richtigen Schlüssen führen, so gilt nicht dasselbe von den Ausführungen Harburgers, welcher die von v. Steman begründete Meinung auf Grund seiner — allerdings wie oben gezeigt, im Resultat nicht zutreffenden — Aufstellungen über den Entwicklungsgang des strafrechtlichen Begriffes Inland schärfer dahin formulierte:[1])

> I. „Wurde das neue Delikt in demselben Staate begangen, welcher die Vorstrafen vollzogen hat, so liegt Rückfall vor.
>
> II. Wurde das neue Delikt aber in einem anderen Bundeslande als dem vorher strafenden begangen, so ist zu prüfen, ob das nunmehr aburteilende Gericht einem Staate angehört, der schon zu der Zeit der Vorbestrafung zugleich mit jenem unter den Begriff Inland fiel. Nur im Falle eines bejahenden Resultats darf die Rückfallstrafe ausgesprochen werden.“

Zur Begründung seiner Aufstellung geht Harburger von der anläßlich der Einführung des preußischen Strafgesetzbuchs in den

---

[1]) Harburger a. a. O. S. 80 ff.

neuen Provinzen entstandenen Kontroverse aus, welche er dahin entschieden wissen will, daß trotz der Einverleibung die von den früheren einzelstaatlichen Gerichten vor der Vereinigung mit dem Königreich Preußen verhängten Vorbestrafungen in den alten Provinzen nicht als Vorbestrafungen durch einen preußischen Gerichtshof im Sinne des preußischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 haben angesehen werden dürfen, da die staatsrechtliche Veränderung nicht auch eine Veränderung des Charakters der vor der Einverleibung ergangenen und bis dahin als ausländisch betrachteten Strafurteile der Gerichte jener Staaten hervorzurufen im stande gewesen sei, — freilich durchaus im Gegensatz zu der herrschenden Doktrin und der konstanten Rechtsprechung des preußischen Obertribunals.[1])

Ebensowenig aber, folgert Harburger weiter, konnte der staatsrechtliche Vorgang der Gründung des Deutschen Reiches oder die am 1. Januar 1872 allgemein erfolgte Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs den vor jenen Terminen in Einzelstaaten verhängten Strafurteilen, welche nach dem Strafgesetz eines anderen Einzelstaats als ausländische zu betrachten waren, nachträglich für das Gebiet dieses Staates den Charakter eines im Inlande ergangenen Urteils verleihen.

Des weiteren weist Harburger darauf hin, daß der Grund, weshalb z. B. das preußische Strafgesetzbuch den ausländischen Strafurteilen keine rückfallbegründende Kraft beigelegt habe, in der Verschiedenheit der den ausländischen Strafurteilen zu Grunde liegenden Gesetzesbestimmungen gelegen habe und daß dieser Grund für die vor der totalen Gemeinschaftlichkeit des Reichsstrafgesetzbuchs gesprochenen Urteile auch nach der Gründung des Reiches gelte.

Endlich wird aus dem Mangel einer Übergangsbestimmung, wie sie die preußische Gesetzgebung im Jahre 1867 für erforderlich gehalten hatte, der Schluß gezogen, daß das Reichsstrafgesetzbuch

---

[1]) Vergl. Meves, Allg. Strafrechtszeitung a. a. O., Oppenhoff, Rechtsprechung VIII, 233, 561, Goltdammers Archiv XV, 247, 846, XVI, 143, 145.

nicht auf Vorfälle vor seiner allgemeinen Geltung bezogen werden dürfe, da ihm keinerlei rückwirkende Kraft zukomme.

Den Gründen, welche Harburger (und ähnlich von Stemann) für ihre Ansicht ins Feld führen, ist eine gewisse Berechtigung zweifellos nicht abzusprechen; dessenungeachtet wird die heute herrschende Ansicht nicht nur vom praktischen Standpunkte aus als die zweckmäßigste, sondern auch theoretisch betrachtet als die richtigste erscheinen müssen.

Das Reichsstrafgesetzbuch selbst erfordert nur eine zweimalige Bestrafung „im Inlande", ohne weiter zu unterscheiden. Da aber nach § 8 R.Str.G.B. „Ausland" jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet, also Inland jedes zu demselben gehörige Gebiet ist, so muß, da das Reichsstrafgesetzbuch doch zunächst aus sich selbst zu interpretieren ist, eine zweimalige Bestrafung in jedem zum Deutschen Reiche gehörigen Gebiete genügen, mag dieselbe auch zu einer Zeit erfolgt sein, da das betreffende Gebiet noch nicht zum Deutschen Reiche gehörte, wobei selbstverständlich, wie früher ausgeführt, der Umstand zu beachten ist, daß die Fassung des Reichsstrafgesetzbuchs auch in den Gebieten, wo es von Anfang an galt, nicht von Anfang an gleich lautete und daß das Reichsstrafgesetzbuch in einzelnen Gebieten erst von späteren Terminen an in Geltung trat.

Der Einwand, daß die herrschende Ansicht dem § 244 Str.G.B. rückwirkende Kraft zuschreibe, wenn sie Urteile, welche in einem Gebiete zu der Zeit, als es noch nicht im Inland im Sinne des § 8 Str.G.B. gewesen war, verhängt wurden, nachträglich auf Grund der Ausdehnung des Inlandbegriffs auf jenen Staat als im Inlande verhängt betrachte, wird widerlegt durch die Erwägung, daß die neue That, um deren Aburteilung es sich handelt, nach dem neuen Gesetze, also dem Reichsstrafgesetzbuch, zu beurteilen ist, dessen Vorschriften allein zur Anwendung kommen. Wenn nun dieses Gesetz Vorbestrafung im Inland erfordert und das Gebiet, wo die Vorbestrafung erfolgte, jetzt Inland ist, so ist den Anforderungen des auf die That zur Anwendung zu bringenden Gesetzes Genüge

geleistet, nicht der früheren Bestrafung ein anderer Charakter ex tunc verliehen.

Mit diesem Ergebnisse aber „harmoniert die rationelle Motivierung der Rückfallstrafe. Nach den Motiven ist die durch die Wiederholung nachgewiesene eingewurzelte Neigung zu Eingriffen in fremdes Eigentum Grund der Rückfallstrafe. Diese Neigung dokumentiert sich, mögen die einzelnen Eingriffe wo immer stattgefunden haben.“[1])

Wenn das Reichsstrafgesetzbuch nicht die äußerste Konsequenz dieser Motivierung gezogen, d. h. die ausländischen Strafurteile als rückfallbegründend anerkannt hat, so trafen die hiefür maßgebenden Gründe für die von Gerichten des nunmehrigen Deutschen Reiches verhängten Vorstrafen im wesentlichen nicht zu.

Nach all dem erscheint es keineswegs gerechtfertigt, in den Ausdruck „im Inlande“ eine Beschränkung hineinzutragen, die der Gesetzgeber nicht in denselben gelegt hat und die weder durch allgemeine — auf die Grundsätze jeder Gesetzgebung bezügliche — noch durch Zweckmäßigkeitserwägungen zu motivieren wäre, und es hat sich sowohl die Theorie[2]) als die Praxis[3]) im allgemei-

---

[1]) Stenglein, Zeitschrift I (1872) S. 53 ff.

[2]) Olshausen, Vorbestrafungen a. a. O., Kommentar a. a. O., ferner Hälschner a. a. O., I, 553 und II, 337, Merkel a. a. O., v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Aufl. Berlin 1894 S. 404, Geyer im Rechtslexikon verbo „Rückfall“, Bd. III S. 489, Oppenhoff, Kommentar a. a. O. Nr. 1, Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Leipzig 1874, S. 438, Rüdorff a. a. O. Nr. 2, v. Schwarze a. a. O. Nr. 3 a, H. Meyer a. a. O. S. 414, Göz im Württ. Gerichtsblatt S. 116 ff., Meves in der Allgemeinen Strafrechtszeitung, 12. Jahrg. 1872 S. 123 ff., insbesondere S. 126.

[3]) Außer den im Text angeführten Erkenntnissen sind zu erwähnen:

Die Entscheidungen des preuß. Obertribunals vom 2. März 1871, Oppenhoff, Rechtsprechung XII S. 130 ff., vom 14. März 1872, ebendaselbst XIII, S. 141 (= Stenglein, Zeitschrift I, 196), vom 15. November 1876, ebendaselbst XVII, 740 (= Stenglein, Zeitschrift III, 12); ferner, aber ungenau,

nen[1]) dafür ausgesprochen, daß als Vorbestrafung im Inlande alle diejenigen Vorbestrafungen anzusehen seien, welche in einem zur Zeit der Verübung der neuen That zum Deutschen Reiche gehörigen Gebiete erfolgt sind, gleichviel ob dieses Gebiet zur Zeit der Verhängung der Vorstrafe noch nicht dem Deutschen Reiche angehörte.

Was speziell die Praxis der obersten Gerichte anlangt, so hat das preußische Obertribunal von Anfang an den Standpunkt festgehalten, den es schon gegenüber der mehrerwähnten, auf die in den 1866 neuerworbenen Provinzen vor der Einverleibung gesprochenen Urteile bezüglichen Kontroverse eingenommen und in konstanter Rechtsprechung durchgeführt hatte.[2])

Hervorgehoben werden mag hier das Erkenntnis des preußischen Obertribunals vom 4. Juli 1873,[3]) welches gegen einen

---

das sächs. Oberappellationsgericht 24. April 1871, Stenglein, Zeitschrift I, 23 und das Oberappellationsgericht zu Jena vom 24. Mai 1871, Stenglein, Zeitschrift I, 183.

[1]) Eine abweichende Ansicht hat, mit v. Stemann von derselben unrichtigen Voraussetzung ausgehend, außer der im Text besprochenen, von Harburger hauptsächlich vertretenen Meinung, Ortloff aufgestellt, der in Stenglein, Zeitschrift I S. 7 ff., behauptet:

> „War seit dem 1. Juli 1867 der Begriff des Inlands schon fixiert (nämlich nach Ortloffs Voraussetzung durch den Art. 3 der Norddeutschen Bundesverfassung), so kann füglich der Ausdruck „Inland" im Str.G.B. nicht anders als in der Verfassungsurkunde verstanden werden und folgeweise sind die Vorbestrafungen nach dem 1. Juli 1867 diejenigen, welche, als „im Inland" geschehen, gemeint sein müssen,"

und folglich auf Grund des Art. 3 der Reichsverfassung vom Inkrafttreten der Reichsverfassung an (ohne hiefür einen Zeitpunkt anzugeben) das ganze Reichsgebiet als strafrechtliches Inland bezüglich der nach Einführung der Reichsverfassung verhängten Vorstrafen behandelt wissen will.

Demnach könnten also alle im Gebiet des Norddeutschen Bundes vor dem 1. Juli 1867 und alle in den übrigen Teilen des Reiches vor dem 4. Mai 1871 verhängten Vorstrafen nicht den Rückfall begründen!

Vergl. die Widerlegung dieser Theorie durch Meves in der Strafrechtszeitung a. a. O.

[2]) Vergl. oben S. 41 Note 1.

[3]) Oppenhoff, Rechtsprechung XIV, 485.

Dieb, der im Jahre 1867 zu Danzig, hierauf im Jahre 1871 zu Plappeville bei Metz wegen Diebstahls und zwar zu einer Zeit, wo Elsaß-Lothringen für das Gebiet des vormaligen Norddeutschen Bundes und Südhessens noch als Ausland im Sinne des Strafgesetzbuchs gelten mußte, bestraft worden war, wegen eines im Jahre 1872 zu Danzig begangenen 3. Diebstahls die Rückfallstrafe verhängte mit der Ausführung:

> „Jede Vorbestrafung, welche an einem zum Deutschen Reiche gehörenden Orte zu einer Zeit stattgefunden hat, wo diese Zugehörigkeit noch nicht begonnen hatte, begründet den Rückfall."

Ebenso führte das Appellationsgericht zu Dresden in einem Erkenntnis vom 21. Juni 1872,[1]) bei welchem die eine der Vorbestrafungen im Jahre 1868 in Württemberg erfolgt war, die abzuurteilende That aber am 21. Dezember 1871 in Dresden stattgefunden hatte, also zu einer Zeit, wo Württemberg für das Gebiet des vormaligen Norddeutschen Bundes bereits als strafrechtliches Inland anzusehen war, folgendermaßen aus:

> „Bei der Frage, ob eine Vorstrafe im Inland verbüßt worden sein soll, ist nicht sowohl die Zeit der Verbüßung dieser Vorstrafe, sondern die Zeit der Aburteilung der neuen That ins Auge zu fassen."

Endlich mag hier noch das Erkenntnis des III. Straffenats des Reichsgerichts vom 12. Juni 1890 [2]) angeführt werden, welches bezüglich einer in Baiern vor dem 1. Januar 1871 verhängten Vorstrafe deren rückfallbegründende Wirkung anerkennt und sich über die ganze Frage folgendermaßen ausspricht:

> „Die Prüfung, ob eine Vorbestrafung im Inlande erfolgt ist, hat der Rückfallrichter vorzunehmen. Dem Wortlaut des § 8 entspricht für den Begriff Inland die Auslegung, daß „Inland" im Sinne des Strafgesetzbuchs jedes zur Zeit dieser Prüfung zum Reiche gehörige Gebiet sei . . . Zweifel ver-

---

[1]) Stenglein, Zeitschrift II, 108.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen XXI, S. 19 ff.

anlaßte das preußische Strafgesetzbuch; trotzdem wurden die in den neuen Provinzen vor der Einverleibung ausgesprochenen Strafurteile immer als von preußischen Gerichtshöfen verhängt im Sinne des § 219 preuß. Str.G.B. angesehen." . . . „Wenn nun das Strafgesetzbuch den noch weniger zweifelhaften Ausdruck „im Inlande" wählte, ohne jede Einschränkung, so kann nur angenommen werden, daß er keine andere als die bislang von den obersten Gerichten gebilligte Bedeutung haben sollte."

Wendet man nunmehr diejenigen Resultate, welche die weiter oben angestellte Untersuchung über die von dem Inlandsbegriffe des Reichsstrafgesetzbuchs bis zu dessen Ausdehnung auf das ganze Gebiet des Deutschen Reiches durchlaufenen Entwicklungsstadien ergeben hat, im Zusammenhange mit der Auslegung an, welche das Erfordernis der Vorbestrafung im Inlande in der herrschenden Lehre gefunden hat, so werden folgende Sätze aufzustellen sein, nach welchen sich die Berücksichtigung der Vorstrafen bei einer nach Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs in dem betreffenden Territorium begangenen neuen Verübung zu richten haben wird. [1])

I. Im Gebiete des vormaligen Norddeutschen Bundes und in Südhessen sind als inländische Vorbestrafungen anzusehen:

1. vom 1. Januar 1871 bis 3. Mai 1871 nur in den genannten Gebieten zu irgend welcher Zeit verhängte Vorstrafen;
2. vom 4. Mai 1871 ab auch die in Baiern, Württemberg und Baden, wenn auch schon vor dem 1. Januar 1871 ausgesprochenen Strafen;
3. vom 28. Juni 1871 ab auch die in Elsaß-Lothringen erkannten Vorbestrafungen, wenn sie auch unter französischer Herrschaft erkannt worden sind. [2])

---

[1]) Übereinstimmend im allgemeinen Olshausen a. a. O.

[2]) Auszunehmen sind jedoch hier diejenigen Strafen, welche zwar von einem vorher für nunmehr deutsches Gebiet zuständigen, aber bei der Abtretung

II. Im Gebiete der 3 süddeutschen Staaten waren bis zum 31. Dezember 1871 die Partikularstrafgesetze in Geltung; wo dieselben (wie in Württemberg) die Rückfallsschärfung von inländischer Vorbestrafung abhängig machten, war der Inlandbegriff des Partikulargesetzes anzuwenden, folglich das ganze übrige Gebiet des Deutschen Reiches als Ausland zu behandeln und die daselbst ergangenen Vorbestrafungen bis zum genannten Termine als ausländische nicht zu berücksichtigen.

Vom 1. Januar 1872 an ist dagegen in diesen 3 Staaten jede im ganzen übrigen Gebiete des Deutschen Reiches auch vor dem 1. Januar 1871 ausgesprochene Vorstrafe zu berücksichtigen.

III. In Elsaß-Lothringen war in der Zeit bis zum 1. Oktober 1871 jede im übrigen Gebiete des Deutschen Reiches ergangene Vorstrafe als eine im Auslande ergangene anzusehen; von da ab ist dagegen jede, auch vor der Vereinigung der Reichslande mit dem Deutschen Reiche in einem zum Deutschen Reiche gehörigen Gebiete verhängte Vorstrafe als rückfallbegründend anzusehen.

Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidungen, welche naturgemäß in der ersten Zeit nach der Gründung des Deutschen Reiches und nach Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs eine sehr erhebliche sein mußte, ist heutzutage nur noch gering; theoretisch dagegen bietet die Frage auch heute noch des Interessanten genug, um ein längeres Verweilen bei ihr zu rechtfertigen.[1])

---

der Reichslande mit dem Gerichtssitz bei Frankreich verbliebenen französischen Gerichte ausgesprochen wurden.

Vergl. das Erkenntnis des Appellationsgerichts zu Colmar und die dasselbe bestätigende Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 6. Dezember 1872, Allg. Deutsche Strafrechtszeitung XIII, 344.

[1]) An die allmähliche Ausdehnung des Inlandbegriffes und die hieraus sich ergebenden Konsequenzen ist auch noch eine andere, heutzutage wenig praktische Frage anzuknüpfen, die allerdings nicht in den Rahmen der gegenwärtigen Abhandlung fällt, sondern im Zusammenhang des § 2 Abs. 2 R.Str.G.B. zu erörtern sein würde, die Frage nämlich, von welchem Einfluß jene verschiedenen Stadien der Ausdehnung des Inlandbegriffes auf die Beurteilung der Frage nach dem mildesten Strafgesetze sein mußten, wenn eine vor Einführung des

2. Die der Vorbestrafung zu Grunde liegende That.

§ 7.

Die Änderung der Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Wendet man sich nun, nachdem in den vorstehenden Paragraphen auszuführen versucht worden ist, welchen formellen Voraussetzungen eine Vorbestrafung zu genügen hat, um den in § 244 und § 245 Str.G.B. aufgestellten Erfordernissen zu entsprechen, der materiellen Seite zu, so wird vor allem die Frage zu erörtern sein, welchen Einfluß die Änderung der für die Voraussetzungen der Strafbarkeit, insbesondere das Antragserfordernis und die Strafbarkeit jugendlicher Personen maßgebenden Normen auf die Berücksichtigung der unter dem früheren Rechte ergangenen Vorbestrafungen für den Rückfall im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs ausübt.

Diese Frage ist schon auf Grund des früheren Rechts aus allgemeinen Gesichtspunkten erörtert worden, insbesondere von Seeger;[1]) welcher die Forderung aufstellt, daß die That, wegen welcher die frühere Verurteilung erfolgt war, vom neuen Gesetze noch als rechtswidrig und strafbar anerkannt sei; treffe dies nicht zu, so sei die frühere Verurteilung nicht als wegen eines Deliktes im Sinne des jetzigen Gesetzes erfolgt anzusehen.

Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß nicht die im früheren Urteil liegende Warnung allein, sondern das mehrmalige verbrecherische Handeln in Verbindung mit jener Warnung die Rückfallstrafe begründe.

> „Die Wirkung verbrecherischen Handelns konnte das (neue) Gesetz nicht für die Zukunft einer That beilegen wollen, welche es selbst als rechtmäßig oder doch straflos betrachtet wissen will.“

R.Str.G.B. in dem betreffenden Gebietsteile begangene That nach dessen Einführung abzuurteilen war.

Siehe hierüber Olshausen, Kommentar II 917, Nr. 8 zu § 244.

[1]) Seeger a. a. O. S. 157, B. I.

Überdies treffe in solchem Falle vom Standpunkt des neuen Gesetzes das legislatorische Motiv der Rückfallstrafe nicht zu.

Sowenig diesen Argumenten bei einer von allgemeinen Gesichtspunkten ausgehenden Erörterung der vorliegenden Frage Beweiskraft abgesprochen werden kann, so muß doch jedenfalls für das Verhältnis des Reichsstrafgesetzbuchs zum früheren Rechte die in der Praxis der Gerichte auch schon früher vorherrschende strengere Ansicht als die zutreffende erscheinen.[1]) was zunächst die Änderung der Zurechnungsgrenze betrifft.

Nachdem schon das preußische Obertribunal in den zufolge der Einführung des preußischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 zur Entscheidung gelangten Fällen, in welchen es sich um die Veränderung der Voraussetzungen der Bestrafung jugendlicher Personen handelte, jedes Prüfungsrecht des Rückfallrichters hinsichtlich der gegen eine im Alter von weniger als 16 Jahren stehende Person vor Einführung des neuen Gesetzes verhängten Bestrafung verneint hatte,[2]) gab die Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs neuen Anlaß zur Erörterung der Frage, da z. B. einerseits in Preußen vor Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs eine Altersgrenze gar nicht existierte, vielmehr die Strafbarkeit der jugendlichen Person lediglich von der Annahme bezw. Nichtannahme des Unterscheidungsvermögens abhing, und andererseits in Württemberg die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit schon mit dem vollendeten 10. Lebensjahre eintrat.[3])

Vom theoretischen Standpunkt hat sich von Stemann[4]) und vor allem Göz[5]) gegen die Anwendung der Seegerschen Ansicht auf

---

[1]) Die Abhandlung von Seeger ist bereits im Jahr 1862 abgefaßt.

[2]) Vergl. Seeger a. a. O. S. 158; das preußische Str.G.B. vom 14. April 1851 § 42 erforderte für die Verurteilung eines Angeschuldigten unter 16 Jahren den Nachweis, daß er mit Unterscheidungsvermögen gehandelt habe, wogegen das bis dahin geltende Strafrecht des Allg. Landrechts in Übereinstimmung mit der g meinrechtlichen Doktrin eine Lebensperiode mit absoluter strafrechtlicher Unzurechnungsfähigkeit kannte.

[3]) Württ. Str.G B. vom 1. März 1839 Art. 95.

[4]) v. Stemann im Gerichtssaal a. a. O. S. 424.

[5]) Göz a. a. O. S. 120 ff.

das Verhältnis des Reichsstrafgesetzbuchs zu den unter dem früheren Recht ergangenen Vorbestrafungen gewendet.

So richtig es auch ist, daß es eigentümlich erscheinen muß, wenn der Gesetzgeber einer That, die er selbst gar nicht als strafbar ansieht, deshalb, weil sie unter dem früheren Gesetze strafbar war und bestraft worden ist, für die Zukunft, d. h. für den Fall, daß der Thäter unter dem neuen Gesetz eine strafbare Handlung begehen sollte, die Wirkung einer nach dem neuen Gesetz strafbaren Handlung, nämlich die rückfallbegründende Wirkung beilegt, so führt Göz mit Recht hiegegen an, daß das Reichsstrafgesetzbuch die rückfallbegründende Wirkung der Vorbestrafung nur von der Verübung zweier bestimmter Vergehen und von der darauf erfolgten „Reaktion der staatlichen Autorität" abhängig macht, nicht aber darüber disponiert, unter welchen Voraussetzungen jene Reaktion habe eintreten dürfen. Und wenn auch zugegeben ist, daß, weil nach dem Reichsstrafgesetzbuch diejenigen Handlungen der noch nicht 12 Jahre alten Personen, welche die äußeren Merkmale einer Deliktsart verwirklichen, keine Delikte im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs sind und folglich auch von einem verbrecherischen Willen dieser Personen keine Rede sein kann, das legislatorische Motiv der Rückfallstrafe, d. h. das Vorhandensein des verbrecherischen Hanges fehlt,[1]) so kann dieser Umstand allein doch nicht dazu führen, den unter früheren Gesetzen gesetzmäßig erkannten Vorbestrafungen solcher Personen die rückfallbegründende Wirkung für das Geltungsgebiet des Reichsstrafgesetzbuchs abzusprechen, da eben das Reichsstrafgesetzbuch lediglich die Thatsache erfolgter Vorbestrafungen wegen Diebstahls u. s. f. voraussetzt; hiemit stimmt denn auch unter Betonung des Wortlauts des § 244 Str.G.B. Olshausen und die überwiegende Zahl der Rechtslehrer,

---

[1]) Unhaltbar erscheint die Behauptung von Göz a. a. O., das R.Str.G.B. stelle nur eine praesumtio juris et de jure zu Gunsten der noch nicht 12 Jahre alten Personen auf, ohne dadurch auszuschließen, daß diese Personen begrifflich durchaus vollkommene Delikte zu begehen und dadurch ihren verbrecherischen Hang zu bethätigen im stande seien.

— jedenfalls was die Frage in ihren Beziehungen zum Reichsstrafgesetzbuch betrifft — überein.[1])

Aus der Praxis ist hervorgehoben ein Erkenntnis des preußischen Obertribunals vom 14. März 1872[2]) und ein solches des Reichsgerichts, III. Straffenat, vom 20. September 1888, in welch letzterem mit Bezug auf eine vor Vollendung des 12. Lebensjahres erkannte Vorstrafe gesagt wird:

> „Es kann nicht zweifelhaft sein, daß auch solche vor Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs einmal legaler Weise ergangene Vorbestrafungen geeignet sind, die Erfordernisse des § 244 R.Str.G.B. zu erfüllen."

Dasselbe aber, was bezüglich der Änderung der Zurechnungsgrenze gilt, ist auch von der Änderung zu sagen, durch welche eine That, die nach früherem Rechte Offizialdelikt war, zum Antragsdelikt gestempelt worden ist.

Auch hier muß die unter dem alten Gesetze erkannte Vorstrafe rückfallbegründend wirken, auch wenn nach dem Reichsstrafgesetzbuch die That mangels des erforderlichen Strafantrags gar nicht hätte bestraft werden können.[3])

Und ebenso muß, wenn eine Vorbestrafung unter der Herrschaft des alten Gesetzes wegen eines im Stadium des Versuches stehengebliebenen Deliktes erfolgt ist, diese Vorbestrafung unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuchs rückfallbegründend wirken, mag auch bei der unter dem früheren Gesetz abgeurteilten That

---

[1]) Olshausen, Vorbestrafungen S. 108 und 109, Kommentar II S. 919, Nr. 10 zu § 244; Rüdorff a. a. O. S. 563.

[2]) Oppenhoff, Rechtsprechung XIII, 207 (= Stenglein, Zeitschrift I, 289).

[3]) Übereinstimmend Seeger a. a. O. S. 157, Olshausen a. a. O., Rüdorff a. a. O. und aus der Praxis Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Dresden vom 29. September 1871 (Sächsische Gerichtszeitung XV, 318). Das bei Rüdorff a. a. O. weiter angeführte Erkenntnis des württemb. Kassationshofs vom 27. März 1872, Stenglein I, 284 (= Württ. Gerichtsblatt V, 384) bezieht sich nur auf die allgemeine Frage, ob nur auf Antrag zu verfolgende Diebstähle rückfallbegründend wirken.

der Strafausschließungsgrund des § 46 R.Str.G.B. thatsächlich vorgelegen haben.[1])

Denn dadurch, daß das neue Gesetz das betreffende Delikt zum Antragsdelikt gemacht hat, wurde dasselbe nicht begrifflich aus der Reihe der übrigen, auch im neuen Gesetz als Offizialdelikte behandelten Strafthaten ausgeschieden, sondern nur aus Zweckmäßigkeitsgründen die Verfolgbarkeit von dem Willen des Verletzten abhängig gemacht, und dadurch, daß das neue Gesetz einen Rücktritt vom Versuche als Strafausschließungsgrund behandelte, wurde an der Thatsache nichts geändert, daß begrifflich in diesen Fällen stets ein wirklicher Versuch vorliegt.

Das Gesetz verlangt aber nur, daß der Thäter schon einmal als Dieb u. s. f. bestraft worden ist, wozu nach der herrschenden Ansicht auch die Bestrafung wegen bloßen Versuches genügt,[2]) und eine solche Bestrafung als Dieb (bezw. wegen Diebstahlversuches) liegt in beiden erörterten Fällen vor.

§ 8.

Die Änderung des Deliktsbegriffes.

Daß eine Änderung des Strafgesetzes hinsichtlich der (positiven oder negativen) Voraussetzungen der Strafbarkeit einen Einfluß auf die Behandlung der unter dem früheren Gesetz ergangenen Vorstrafen als auch vom neuen Gesetz anzuerkennender Vorstrafen nicht auszuüben vermag, ist im vorstehenden Abschnitt als die — jedenfalls bezüglich der durch das Reichsstrafgesetzbuch gegenüber der früheren Partikulargesetzgebung hervorgebrachten Änderung — herrschende Meinung festgestellt worden.

---

[1]) Rüdorff a. a. O., derselbe citiert als Beleg für diese Behauptung ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Jena, welches jedoch auf die vorliegende Spezialfrage gar keinen Bezug nimmt; Jena 24. Mai 1871, Stenglein Zeitschrift I, 182.

Übereinstimmend mit Rüdorff auch Olshausen a. a. O.

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts II, 13. Januar 1882, Rechtsprechung IV, 40; Olshausen a. a. O.

Weniger Einigkeit zeigt sich jedoch bei der Erörterung derjenigen Fälle, in welchen das Reichsstrafgesetzbuch unmittelbar auf die den Begriff des einzelnen Deliktes normierenden Gesetzesbestimmungen verändernd eingewirkt hat.

Auszuscheiden freilich sind ohne weiteres die Fälle, wo das Reichsstrafgesetzbuch nur eine Änderung in der technischen Bezeichnung des Deliktes eingeführt hat, wie beispielsweise das württembergische Recht die Ausdrücke „Diebstahl und „Entwendung" gleichbedeutend gebraucht,[1]) während das Reichsstrafgesetzbuch den Ausdruck „Entwendung" bekanntlich nur für den aus dem allgemeinen Diebstahlsbegriff herausgehobenen und daher niemals den Rückfall begründenden Genußdiebstahl — R.Str.G.B. § 370 Ziff. 5 — verwendet hat, wie ferner das vormalige hannoversche Strafgesetzbuch die „Hehlerei" als „Begünstigung aus Gewinnsucht" behandelt,[2]) während das Reichsstrafgesetzbuch die Hehlerei teilweise als wirkliche Begünstigung (§258), teilweise aber als besonderes Delikt (§ 259) bedroht.

In solchen Fällen handelt es sich thatsächlich nicht um eine Änderung des Deliktsbegriffes, sondern nur der äußerlichen Bezeichnung, des terminus technicus, welcher in der Formulierung des Deliktsbegriffes zwar häufig als Hilfsmittel mitverwendet wird, für das Begriffliche desselben aber ohne Bedeutung ist.

Es ergiebt sich aus dem Umstand, daß das Reichsstrafgesetzbuch hinsichtlich der technischen Bezeichnungen verschiedentlich gegenüber dem älteren Rechte Abänderungen hervorgebracht hat, daß bei der Prüfung der Frage, ob eine Vorbestrafung „als Dieb" u. s. f. vorliegt, nicht der Tenor des früheren Strafurteils allein in Betracht zu ziehen ist, daß vielmehr eine Prüfung in der Richtung angestellt werden muß, welche materielle Strafbestimmung dem Urteil zu Grunde liegt.[3])

---

[1]) Vergl. das Erkenntnis des württ. Kassationshofs vom 3. Juli 1872, Stenglein, Zeitschrift II, 54 (= Württ. Gerichtsblatt VI, 133).

[2]) Vergl. das Erkenntnis des preuß. Obertribunals vom 24. Januar 1877, Oppenhoff, Rechtsprechung XVIII, 63.

[3]) Olshausen, Kommentar a. a. O. und dort Citierte. Abweichend

In Betracht kommen demnach nur diejenigen Änderungen des Strafgesetzes, welche den eigentlichen Kern des materiellen Strafgesetzes, nämlich die begrifflichen Merkmale der einzelnen Delikte, berühren.

Diese Änderungen aber können verschiedener Art sein:

Einmal kann das Reichsstrafgesetzbuch gegenüber dem früheren Partikularstrafgesetz für den — der technischen Bezeichnung nach gleichen — Deliktsbegriff andere Thatbestandsmerkmale erfordern.

Sodann aber kann der Umfang des in beiden Gesetzen im wesentlichen gleichen Deliktsbegriffes verändert worden sein, je nachdem ein nach dem früheren Gesetze aus dem allgemeinen Deliktsbegriff herausgehobener — vielleicht privilegierter, vielleicht aber noch schärfer bedrohter — Spezialthatbestand (als besonderes Delikt) nunmehr nach dem Reichsstrafgesetzbuch lediglich unter den allgemeinen Deliktsbegriff einzureihen ist, oder umgekehrt das Reichsstrafgesetzbuch aus dem allgemeinen Deliktsbegriff des früheren Gesetzes einen Spezialthatbestand als besonderes Delikt heraushebt. [1])

Beispiele für beide Hauptfälle lassen sich aus der Partikulargesetzgebung im Verhältnis zum Deutschen Reichsstrafgesetzbuch anführen.

So hat z. B., was den ersten Fall anbelangt, das Reichsstrafgesetzbuch als subjektives Thatbestandsmerkmal für das Vergehen des Betrugs nur die gewinnsüchtige Absicht aufgestellt, während das

---

Meves in der Allg. Deutschen Strafrechtszeitung XII, S. 122, welcher behauptet: „Nicht der Charakter der vorbestraften Handlung ist es, welcher den Ausschlag giebt, sondern der Tenor des Erkenntnisses,“ indem er von dem Grundsatze ausgeht, daß dem späteren Richter jede Prüfung der Richtigkeit der Vorbestrafung versagt sei.

Allein es ist noch keine Prüfung der Richtigkeit des früheren Urteils, wenn der Rückfallsrichter feststellt, ob die materielle Norm, auf welche jenes Urteil sich stützt, begrifflich dem Deliktsbegriff des jetzigen Rechts entspricht.

Vergl. hiezu auch Seeger a. a. O. S. 160 ff. Die Frage, wieweit das Prüfungsrecht des Richters der späteren That geht, ist im Text des näheren zu erörtern.

[1]) Olshausen, Kommentar a. a. O.

württembergische Recht daneben noch die Begehung eines Betruges in der bloßen Absicht der Beschädigung eines andern bestrafte; [1]) während also in Württemberg bis zum Jahre 1872 eine Person wegen einer lediglich mit Beschädigungsabsicht begangenen, die sonstigen Merkmale des Betrugs erfüllenden Handlung bestraft werden konnte, ist nach dem Reichsstrafgesetzbuch eine solche Handlung, falls nicht die gewinnsüchtige Absicht hinzutritt, nicht als Betrug strafbar. [2])

Und auch bezüglich der zwei Seiten des zweitgenannten Falles lassen sich aus dem Verhältnisse des Reichsstrafgesetzbuchs zum früheren württembergischen Recht Beispiele in größerer Anzahl finden:

Das württembergische Recht hatte im Anschluß an die Carolina und die gemeinrechtliche Doktrin den sogenannten Familiendiebstahl aus der Reihe der eigentlichen Diebstähle ausgeschlossen; [3]) das Reichsstrafgesetzbuch dagegen erkennt dieses Delikt, soweit nicht gemäß § 247 Abs. 2 — nämlich für Diebstähle von Verwandten aufsteigender Linie gegen solche absteigender Linie und von einem Ehegatten gegen den andern — Straflosigkeit bestimmt ist, nicht mehr als privilegierten Diebstahl an, sondern behandelt es, also z. B. einen vom Sohn gegen den Vater begangenen Diebstahl, als einen gemeinen, lediglich von der Stellung des Strafantrags in der Strafbarkeit bedingten Diebstahl.

Das Reichsstrafgesetzbuch hat also hier — abgesehen von der erwähnten Ausnahmebestimmung — das Spezialdelikt des württembergischen Rechts unter den allgemeinen Diebstahlsbegriff subsumiert.

---

[1]) Württ. Str.G.B. vom 1. März 1839 Art. 351 und 352.

[2]) Ein anderes Beispiel ist das bei Olshausen, Vorbestrafungen a. a. O. Verwendete, welches das Verhältnis des § 349 Nr. 3, Preuß. Str.G.B. zum § 370 Z. 5 R.Str.G.B. betrifft; während im preußischen Gesetz der Thatbestand des privilegierten sogen. Genußdiebstahls nur die „Entwendung von Früchten, Eßwaren u. s. f. von unbedeutendem Werte oder in geringerer Quantität" voraussetzt, erfordert das R.Str.G.B. das weitere Thatbestandsmerkmal, daß die Entwendung „zum alsbaldigen Gebrauch" erfolgt ist.

[3]) Württ. Str.G.B. vom 1. März 1839 Art. 339. Vergl. hiezu das Erkenntnis des württ. Kassationshofs vom 19. Juni 1872, Württ. Gerichtsblatt IV, 138.

Umgekehrt kannte das Württembergische Recht weder den sog. Futterdiebstahl — R.Str.G.B. § 370 Ziff. 6 — noch den Munitionsdiebstahl — Str.G.B. 291 — als besondere, nicht unter den allgemeinen Begriff Diebstahl fallende Delikte, wogegen nach dem Reichsstrafgesetzbuch die genannten Strafthaten als Spezialdelikte anzusehen sind und Vorbestrafungen wegen derselben den Rückfall nach § 244 nicht begründen können.

Wie schon erwähnt, herrscht über die Behandlung der durch die eben angeführten Beispiele illustrierten Änderungen der Gesetzgebung in Beziehung auf den Rückfall keineswegs Einigkeit in der strafrechtlichen Doktrin.

Zwei Ansichten stehen sich schroff gegenüber; die eine geht dahin, daß zur Begründung des Rückfalls nach dem Reichsstrafgesetzbuch nur solche Bestrafungen geeignet seien, welche dem Diebstahls- (bezw. Raubs- u. s. f.) Begriff des Deutschen Strafgesetzbuchs entsprechen, daß demnach der Richter eine Prüfung des früheren Urteils in der Richtung vorzunehmen habe, ob die jenem Urteil zu Grunde liegende That nach dem Reichsstrafgesetzbuch als Diebstahl zu bestrafen sein würde.

Die andere Ansicht dagegen will, unter Verneinung eines derartigen Prüfungsrechts des Rückfallrichters, ohne Rücksicht auf die durch den Wechsel des materiellen Strafgesetzes herbeigeführte Änderung jede wegen Diebstahls im Sinne der früheren Gesetzgebung ausgesprochene Strafe als rückfallbegründend gelten lassen.

Was die erste dieser Ansichten betrifft, so hat sich — ohne Bezugnahme auf einen konkreten Fall der Gesetzesänderung — vom allgemeinen Standpunkte aus Seeger bei der Erörterung der Lehre von der rückwirkenden Kraft neuer Strafgesetze[1]) in eingehender Weise für dieselbe ausgesprochen.

Die Gründe, die er für die Richtigkeit dieser milderen Ansicht anführt, sind im allgemeinen — was ja auch in der Natur der

---

[1]) Seeger, Abhandlungen II S. 158—163.

Sache liegt — dieselben, mit welchen er bei einer Änderung der Voraussetzungen der Strafbarkeit die Notwendigkeit einer Prüfung der Vorbestrafung durch den Rückfallsrichter hinsichtlich des Vorliegens der nach dem neuen Recht erforderten Voraussetzungen der Strafbarkeit verfochten hat.

Seeger weist auf den Grund der Rückfallbestrafung hin, die Bekämpfung einer verbrecherischen Gewohnheit oder eines Hangs zum Verbrechen, und zieht daraus, daß das Gesetz nur da den Rückfall angenommen wissen wolle, wo Gewohnheit oder Hang gerade zu den vom Gesetz bestimmten Delikten durch wiederholte Verübung derselben bethätigt ist, den Schluß, daß folglich das Gesetz nur die seinen eigenen Deliktsbegriffen entsprechenden Strafthaten als rückfallbegründend anerkennen könne:

> „Ergiebt sich, daß das frühere Vergehen nach jetzigem Rechte nicht dasselbe ist, wie das neue, so ist durch jene Vorstrafe unserem Erfordernis des Rückfalls nicht genügt und darf also auch die Wirkung nicht eintreten, welche durch jenes Erfordernis wesentlich bedingt ist."

Dieselbe Ansicht hat sodann mit Rücksicht speziell auf die durch die Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs bewirkte Gesetzesänderung auch von Stemann[1]) ausführlich zu begründen versucht, der, wie oben gezeigt wurde, hinsichtlich der Änderung der Voraussetzungen der Strafbarkeit die entgegengesetzte, strengere Meinung abweichend von Seeger angenommen hatte.[2])

---

[1]) v. Stemann im „Gerichtssaal", 23. Jahrgang 1871 S. 419—423.

[2]) Auffallenderweise, denn, wer bezüglich der einen Frage die mildere Ansicht befolgt, muß meines Erachtens auch bezüglich der anderen konsequenterweise auf demselben Standpunkt stehen. Der Widerspruch, in den sich v. Stemann hier verwickelt zu haben scheint, erhellt besonders aus dem von ihm bezüglich der Änderung des Deliktsbegriffs ausgesprochenen Satze:

> „Man würde sonst" (wenn die Prüfung des Thatbestandes des früheren Urteils vom Rückfallrichter unterlassen würde) „dahin gelangen, eine und dieselbe Strafthat nach zwei verschiedenen Gesetzgebungen

Von Stemann wendet sich vor allem gegen die schon von Seeger[1]) bekämpfte Auffassung, als ob durch eine Prüfung des der Vorbestrafung zu Grunde liegenden Thatbestandes im Sinne der milderen Ansicht die Rechtskraft des unter dem früheren Gesetze ergangenen Urteils angetastet werden wolle.

Gegenüber dieser speziell vom preußischen Obertribunal vertretenen Auffassung[2]) betont von Stemann in Übereinstimmung mit Seeger, daß, wenn auch nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der res judicata das Urteil des früheren Richters in thatsächlicher sowohl, wie in rechtlicher Hinsicht zu respektieren sei, die Nachweisung von Irrtümern thatsächlicher oder rechtlicher Art daher dem späteren Richter nicht verstattet werden könne, von einer derartigen Nachprüfung doch bei Annahme der von ihm vertretenen Ansicht gar nicht die Rede sei; es handle sich auch bei Vornahme der Prüfung der Vorbestrafung nur um die neue That und die Rechtskraft des früheren Urteils könne das Urteil des jetzigen Richters über diese nicht mehr bestimmen:

> „Jenes Erkenntnis hat für den Verurteilten alle Wirkungen geäußert, welche es unter der Herrschaft des alten Gesetzes äußern konnte, und keine dieser Wirkungen wird nachträglich angegriffen . . . . . Soweit aber die Rechtskraft einer Prüfung nicht hindernd entgegensteht, wird man annehmen müssen, daß der Gesetzgeber bei den von ihm zur Regelung des Rückfalls erwähnten Vorbestrafungen die in *seinem* Gesetzbuch

---

gleichzeitig zu beurteilen, das eine Moment des Thatbestandes (die Rückfälligkeit) nach dem älteren, die anderen Thatbestandsmomente nach dem neuen Gesetz, wobei zugleich einem aufgehobenen Gesetze fortdauernde Wirksamkeit beigelegt werden würde."

Genau dieselben Erwägungen können meines Erachtens auch bei Änderung der Strafbarkeitsvoraussetzungen für die mildere Ansicht angeführt werden, und es ist daher schwer verständlich, warum v. Stemann, wenn er ihnen für die eine Frage überzeugende Kraft beimaß, nicht auch hinsichtlich der anderen Frage von ihnen sich leiten ließ.

[1]) Seeger a. a. O.

[2]) Vergl. die bei Seeger a. a. O. abgedruckten Entscheidungen.

normierten Thatbestände vor Augen gehabt hat, so daß nur diejenigen Handlungen, welche nach dem geltenden Recht als Diebstahl sich bezeichnen lassen, geeignet erscheinen, einen Rückfall zu begründen."

Auch von Stemann weist zur Unterstützung seiner Ansicht auf das legislatorische Motiv der Rückfallstrafen hin, welches, wie er an Beispielen des früheren preußischen Rechts darlegt,[1]) notwendig die Nachprüfung in dem erwähnten Sinne und Umfang verlange, wenn man nicht thatsächlich, dem Ergebnis nach zu der Behandlung des Rückfalls als allgemeinen Strafschärfungsgrundes zurückkehren wolle, von welcher das Reichsstrafgesetzbuch formell abgewichen sei.

Mit Seeger und von Stemann stimmt überein Geib,[2]) ferner von den Kommentatoren des Reichsstrafgesetzbuchs vor allem Rüdorff,[3]) welcher der gegnerischen Ansicht ungerechtfertigte Rücksichtnahme auf „praktische" Schwierigkeiten vorwirft, außerdem Rubo;[4]) dieselbe Ansicht vertreten ferner H. Meyer,[5]) Geyer,[6]) Merkel.[7])

Die zweite „strengere" Ansicht ist von Olshausen[8]) eingehend zu begründen versucht worden. Zwar verkennt Olshausen nicht, daß die Ausführungen von Stemanns hinsichtlich der Bedeutung der Rechtskraft des früheren Strafurteils für die Beurteilung des neuen Delikts als zutreffend anerkannt werden müssen, daß also

---

[1]) Vergl. auch Seeger a. a. O. S. 159.

[2]) Geib a. a. O. S. 96.

[3]) Rüdorff und Stenglein, a. a. O. zu § 244 Nr. 5 S. 563.

[4]) Rubo a. a. O. Nr. 3 zu § 244.

[5]) H. Meyer a. a. O. S. 412.

[6]) Geyer im Rechtslexikon verbo „Rückfall" (III S. 489).

[7]) Merkel, ebendaselbst verbo „Diebstahl" Bd. I, 531, und in Holtzendorffs Handbuch Bd. III, 688; IV, 411.

Außer den im Text genannten scheint auch Otto in seinem früher angeführten Aufsatz in den Annalen des Oberappellationsgerichts zu Dresden, Neue Folge, 9. Bd., 1872 S. 1 ff., der Ansicht v. Stemanns zuzuneigen, wenn er auch keine klare Meinung ausspricht.

[8]) Olshausen, Vorbestrafungen S. 109 ff.

dasjenige Argument für die strengere Ansicht, welches bei den schon erwähnten Entscheidungen des preußischen Obertribunals verwertet worden war, nicht stichhaltig erscheinen kann.

Mit vollem Rechte aber zeigt Olshausen weiter an der Hand des schon erwähnten, durch das Verhältnis des § 349 Ziff. 3 des preuß. Str.G.B. gegebenen Beispiels, daß auch die sogenannte „mildere" Ansicht zu seltsamen Korsequenzen führen kann; ja es wird sogar durch dieses Beispiel dargethan, daß die sogenannte „mildere" Ansicht keineswegs in abstracto milder ist, als die von Olshausen vertretene.

Dieselben Vordersätze und Schlußfolgerungen, welche die Vertreter der erstörterten Ansicht dazu führen, Nachprüfung des unter dem alten Gesetze ergangenen Urteils zu verlangen und für den Rückfall das Erfordernis des Vorliegens des Deliktsbegriffs des neuen Gesetzes aufzustellen, können ja auch dazu verwertet werden, solche Strafthaten, welche den Deliktsmerkmalen des neuen Gesetzes entsprechen, ohne daß dieses ihnen eine privilegierte Stellung gegenüber dem allgemeinen Deliktsbegriff anweist, während das frühere Recht sie privilegiert hatte, als rückfallbegründend anzusehen.

Sowenig nach der eigenen Anschauung der Vertreter der ersten Ansicht eine Antastung der Rechtskraft des früheren Urteils darin liegt, wenn der Rückfallsrichter, ohne Kritik desselben feststellt, daß die abgeurteilte That dem jetzigen Deliktsbegriff nicht mehr entspricht, sowenig wäre es eine Antastung dieser Rechtskraft, wenn der Rückfallsrichter sagen würde: Zwar lag nach dem früheren Gesetze kein Diebstahl vor, die That erfüllt aber völlig den Thatbestand des Diebstahls nach dem neuen Gesetze. Und, da der gesetzgeberische Grund der Rückfallsbestrafung der Hang zur wiederholten Verübung gewisser Deliktsarten ist, so beweist diese Vorbestrafung, wenn sie auch auf Grund des alten Gesetzes — um bei dem Beispiel von Olshausen zu bleiben — nur wegen privilegierten Genußdiebstahls erfolgte, im Verein mit der wiederholten Begehung eben jenen Hang. Zu beurteilen ist nur die neue That; diese aber ist infolge jenes durch die Wiederholung bewiesenen Hanges begangen worden, es

trifft also das gesetzgeberische Motiv zur Anwendung der Rückfallstrafe zu, wenn auch das frühere Gesetz die erste That anders behandelt hat.

Gegen diese Argumentation ließe sich weder mit dem Grundsatze des ne bis in idem noch mit demjenigen der Nichtrückwirkung neuer Strafgesetze ankämpfen; denn wenn der Rückfallsrichter von jener Erwägung ausgeht, so urteilt er thatsächlich nur über die neue That, indem er die frühere Begehung nur als Indiz des verbrecherischen Hanges verwertet und die frühere Bestrafung aus diesem Gesichtspunkt als Vorbestrafung im Sinne des neuen Gesetzes ansieht; und ebensowenig kann von einer Rückwirkung des neuen Strafgesetzes die Rede sein, denn nur die neue That ist es, die mit der Rückfallstrafe belegt wird; als Grund dieser Bedrohung gilt der verbrecherische Hang und dieser ergiebt sich aus der Thatsache, daß der Thäter unter dem alten Gesetze wegen der im neuen Gesetze verstandenen That, wenn auch unter anderem Namen, bestraft worden ist.

Demnach ist es in abstracto gar nicht richtig, die zweite, Olshausensche Ansicht als die strengere zu bezeichnen; denn es ergiebt sich ja aus dem vorstehenden, daß bei Befolgung der sogenannten „milderen" Ansicht ebensogut dem Vorbestraften ungünstigere Resultate als nach der zweiten Ansicht entstehen können. — je nach Lage der fraglichen Gesetzgebung. Dafür ist gerade auch das Beispiel Olshausens ein schlagender Beweis; wenn auf der Seite der ersten Ansicht auf das Beispiel des Verhältnisses des preußischen Strafgesetzbuchs zum allgemeinen Landrecht hingewiesen wird, wo das ältere Gesetz die Entwendung von Fischen aus fließendem Wasser als Diebstahl, das neue Gesetz dagegen nur als leichteres Spezialdelikt, also milder bestrafte,[1]) so zeigt jenes Beispiel der verschiedenen Formulierung der Thatbestandsmerkmale des Genußdiebstahls im preußischen Strafgesetzbuch und im Reichsstrafgesetzbuch, daß um-

---

[1]) Preuß. Str.G.B. vom 14. April 1851 §§ 273—277. Allg. Landrecht II, 20 § 1145, 1147. Vergl. Seeger a. a. O. S. 159.

gekehrt hier die Anwendung der zweiten Ansicht auf die Vorbestrafung die mildere sein würde, weil bei Anwendung der ersten Ansicht die unter dem preußischen Strafgesetzbuch erfolgte Bestrafung wegen Genußdiebstahls, wenn dieser nicht „zum alsbaldigen Verbrauch" verübt worden war, als einfacher, nicht privilegirter Diebstahl im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs, also als rückfallbegründend angesehen werden müßte.[1])

Kann sonach der Grundsatz „in dubio mitius" bei Erörterung dieser Frage keinesfalls zu Gunsten der ersten Ansicht in die Wagschale fallen, und läßt sich ferner, wie gezeigt, das legislatorische Motiv der Rückfallstrafe auch zu Gunsten der zweiten Ansicht anwenden, so bleibt nichts übrig, als sich an den Wortlaut des Gesetzes zu halten, welches eben nur eine Bestrafung „als Dieb" erfordert.

Eine solche aber liegt schon dann vor, wenn die Vorbestrafung wegen eines Diebstahls im Sinne des früheren Gesetzes erfolgt ist, wobei natürlich, wie früher erwähnt, nicht die im Tenor des Urteils gebrauchte Bezeichnung,[2]) sondern die angewendete Gesetzesnorm nach ihrer Stellung im Gesetze entscheiden muß.

Und für diese Entscheidung sprechen auch die von Rüdorff gemißbilligten „praktischen Erwägungen" Olshausens, die allerdings, für sich allein betrachtet, nicht den Ausschlag geben könnten, die aber bei der geschilderten Sachlage wohl ins Gewicht fallen müssen

---

[1]) Ein weiteres naheliegendes Beispiel für die unter Umständen mildere Wirkung der zweiten Ansicht ist das Verhältnis des Art. 339 Württ. Str.G.B. zum § 247 R.Str.G.B. Wollte man z. B. bei einer Vorbestrafung, die wegen eines vom Sohn am Vater verübten Diebstahls begangen und nach württ. Gesetz bestraft worden ist, bei späterem Diebstahl die erste Ansicht anwenden, so würde, da nach R.Str.G.B. eine solche That auf Antrag strafbarer gemeiner Diebstahl ist, jedenfalls dann, wenn der Vater damals die Bestrafung des Sohnes gewünscht hatte, jene Vorbestrafung als eine rückfallbegründende anzusehen sein, während sie nach der zweiten Ansicht als privilegierter Diebstahl keinen Rückfall nach dem R.Str.G.B. begründen kann.

[2]) So Meves a. a. O.

und die darin gipfeln, daß die Ansicht der Gegner häufig undurchführbar sein wird.

Auch hier wiederum läßt sich das Olshausensche Beispiel verwerten. Da der § 349 Ziff. 3 preuß. Str.G.B. beim Genußdiebstahl nicht die Entwendung „zum alsbaldigen Verbrauch" erforderte, so lag für den preußischen Richter bei der Aburteilung kein Grund vor, diesen Umstand überhaupt zu berücksichtigen oder gar im Urteilsthatbestand festzustellen.

Wie will nun der spätere Richter, der nach der ersten Ansicht das ältere Urteil darauf prüft, ob ein privilegiert oder ein gemeiner Diebstahl im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs vorgelegen habe, nach Jahren feststellen, ob die Entwendung „zum alsbaldigen Verbrauche" geschehen sei oder nicht?

Die Rücksichten der „praktischen" Anwendbarkeit sind demnach wirklich recht erhebliche und sie sind wohl geeignet, der Olshausenschen Ansicht, für welche der Wortlaut des Gesetzes und gegen welche keine inneren Gründe sprechen, zur Bestärkung zu dienen.

Nach all dem wird diese Ansicht als die zutreffende zu bezeichnen sein und es hat sich auch eine Reihe hervorragender Kommentatoren des Reichsstrafgesetzbuchs für dieselbe erklärt, so Oppenhoff[1]) und von Schwarze,[2]) welcher hervorhebt, daß in § 244 keine Übergangsbestimmungen haben getroffen werden wollen, überdies eine Reihe weiterer Schriftsteller.[3])

In der Praxis hat von Anfang an die zweite Ansicht vorgeherrscht; so stand, wie schon erwähnt, das preußische Obertribunal bei Einführung des preuß. Str.G.B. vom 14. April 1851, welche verschiedene derartige Fragen veranlaßte,[4]) durchweg auf diesem

---

1) Oppenhoff, Kommentar a. a. O. Nr. 5 zu § 244.

2) v. Schwarze, Kommentar a. a. O. Nr. 4 und 5 zu § 244.

3) Ortloff a. a. O. S. 121, Schütze, Lehrbuch S. 438; Taube im Gerichtssaal 1872, S. 288 ff.; Göz a. a. O. (im Resultat).

4) Vergl. S. 61 Note 1; speziell die Aussonderung der Jagd- und Fischereidelikte, sowie des Holzdiebstahls aus dem allgemeinen Diebstahlsbegriff Str.G.B.

Standpunkt, wobei es allerdings zum Teil von einer offenbar unrichtigen Auslegung des Einführungsgesetzes, Art. VI[1]) ausging.

Was speziell die Praxis der höchsten Gerichte nach Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs betrifft, so ging dieselbe mit wenigen Ausnahmen[2]) durchweg von der zweiten Ansicht aus.

Einige der in Frage kommenden Erkenntnisse mögen hier näher betrachtet werden:

Der württembergische Kassationshof entschied, in einem Falle, wo der mehrerwähnte Art. 339 des württembergischen Strafgesetzbuchs (betreffend Entwendungen zwischen Verwandten und Ehegatten) die Grundlage der Vorbestrafung gebildet hatte, daß diese Vorstrafe den Rückfall nicht begründen könne, da ein solches Delikt einen privilegierten Diebstahl darstelle.

> „Es ist davon abzusehen, ob die That einen Diebstahl im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs bilden würde. Die rechtliche

---

§§ 273—277, ferner das Erfordernis eines Anfangs der Ausführung für die Strafbarkeit des Versuchs im Gegensatz zur Strafbarkeit bloßer Vorbereitungshandlungen — Preuß. Str.G.B. § 31 — kamen in Betracht.

[1]) Vergl. oben S. 11 Note 1 und Seeger a. a. O.

[2]) Als solche sind anzuführen das Erkenntnis des braunschweig. Obergerichts vom 23. Juni 1871, Stenglein, Zeitschrift I, 153 (betreffend eine Vorbestrafung wegen eines nach dem braunschweig. Kriminalgesetzbuch als gemeiner Diebstahl, nach dem R.Str.G.B. aber als Genußdiebstahl aufzufassenden Deliktes), in welchem gegen die praktischen Erwägungen der herrschenden Ansicht geltend gemacht wird:

> „Daß es unter solchen Umständen (d. h. Veränderung des Deliktsbegriffs), bei Verfolgung eines dritten Diebstahls schwierig sein könne, das richtige Verhältnis zu ermitteln, mag sein; indes kann aus einer Schwierigkeit der Rechtsverfolgung niemals ein Grund entnommen werden, von dem als richtig erkannten materiellen Recht abzuweichen,"

eine Ausführung, welcher, wenn nur die praktischen Erwägungen für die gegnerische Ansicht in Betracht kämen, durchaus zugestimmt werden könnte; ferner ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Dresden in den Sächs. Annalen, Neue Folge, Bd. IX S. 14 (vergl. dagegen Sächsische Gerichtszeitung XXII, 212); ein zweites des braunschweig. Obergerichts vom 16. Februar 1872, Gerichtssaal 1872, S. 301.

Beschaffenheit der That ist nur nach dem Rechte, unter dem sie begangen wurde, zu beurteilen."

Ebenso erkannte derselbe Gerichtshof im umgekehrten Falle, wo als Vorbestrafung ein nach württembergischem Rechte nur als Polizeiübertretung auf Grund des Art. 36 Ziff. 2 des Polizeistrafgesetzes von 1839 geahndeter Diebstahl vorlag, daß diese Strafe, weil wegen wirklichen Diebstahls verhängt, rückfallbegründend wirken müsse. [1])

Auch das Reichsgericht ist dieser Ansicht gefolgt.

Die Entscheidung des 1. Straffenats vom 7. Juni 1883 [2]) hatte über den rückfallbegründenden Charakter einer wegen „Entwendung" auf Grund des badischen Str.G.B. § 477 verhängten Vorstrafe zu befinden und sprach hiebei unter Hinweis auf das Motiv der Rückfallstrafe aus, daß bezüglich der strafrechtlichen Ahndung der neuesten Strafthat nur die innere Gleichartigkeit und der bezüglich der früheren Handlungen erfolgte Eintritt der staatlichen Autorität maßgebend sei.

Ist dieses Erkenntnis in Hinsicht auf die vorliegende Frage nicht gerade präzis in seiner Ausdrucksweise, so drückt sich dagegen das weitere Erkenntnis desselben Senats vom 15. März 1886 [3]) (es handelte sich um die Frage, ob eine auf Grund des Art. 283 des bairischen Strafgesetzbuchs vom 10. November 1861 „wegen Diebstahlsübertretung" erkannte Strafe als rückfallbegründend gelten müsse) folgendermaßen aus:

„Schon aus der Fassung des § 244 geht hervor, daß derselbe jedes Eingehen darauf, ob die unter der Geltung früherer

---

[1]) Erkenntnisse vom 19. Juni 1872 und 27. August 1873, Stenglein II, 53 (= Württ. Gerichtsblatt IV, 138) und III, 200. Vergl. ferner die übereinstimmenden Erkenntnisse des preuß. Obertribunals vom 14. März 1872, Stenglein, Zeitschrift I, 289, des sächsischen Oberappellationsgerichts vom 15. November 1872, Stenglein II, 186, und vom 29. Oktober 1877, Sächs. Gerichtszeitung XXII, 212, des Oberappellationsgerichts zu Lübeck von 1871, Goltdammers Archiv XIX, 615.

[2]) Entsch. VIII, 418.

[3]) R.G. Rechtsprechung VIII, 169.

Gesetzgebung eines Bundesstaats erfolgten Verurteilungen wegen Diebstahls genau den jetzt maßgebenden Voraussetzungen des Diebstahls entsprechen, vermieden wissen will."

Dies wird unter Betonung des Wortlauts des § 244 und der für die angenommene Ansicht sprechenden gesetzgeberischen Erwägungen weiter ausgeführt und sodann folgendermaßen fortgefahren:

„Beim Mangel jeder Übergangsbestimmung ist darauf zu schließen, daß die nun geltende Strafgesetzgebung jede früher wegen Diebstahls erfolgte Vorbestrafung zur Begründung des Diebstahls als geeignet betrachtet." [1])

Als Ergebnis kann demnach festgestellt werden, daß auch die gerichtliche Praxis — und zwar, wie die angeführten Begründungen zeigen, nicht lediglich aus praktischen, sondern gleich den wissenschaftlichen Vertretern der Theorie auch aus inneren Gründen — das Prüfungsrecht des Rückfallrichters darauf beschränkt, festzustellen, daß eine Vorbestrafung wegen Diebstahls u. s. f. im Sinne des früheren Gesetzes — ohne Rücksicht auf die durch den Gesetzeswechsel herbeigeführten Änderungen — stattgefunden hat, eine Lösung der Frage, die zweifellos nicht allen Anforderungen gerecht zu werden vermag, die aber immerhin gegenüber der andern Ansicht neben den besseren Gründen noch das Gewicht der praktischen Anwendbarkeit in die Wagschale zu legen hat.

§ 9.

Änderungen bezüglich der Rückfallverjährung.

Wurde so in den vorangehenden Abschnitten die positive Seite der Rückfallbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs in ihrem Verhältnis zu der abweichenden früheren Gesetzgebung zu beleuchten gesucht, so ist nunmehr auch noch eine negative Voraussetzung für die Anwendbarkeit jener Bestimmungen in ihrem Verhältnis zur

---

[1]) Übereinstimmend auch das Erkenntnis R.G. III, 28. Juni 1888, Rechtsprechung X, 453.

früheren Gesetzgebung zu besprechen, nämlich die in § 245 R.Str.G.B. normierte Rückfallverjährung.

Die Frage des Verhältnisses der einzelnen Gesetze bei einem Wechsel der Gesetzgebung bezüglich dieses Punktes hat mit Rücksicht auf die Mehrzahl der früheren Partikularstrafgesetze Seeger [1]) erörtert.

Er gelangt zu dem Resultate, daß die Verjährungsbestimmungen des neuen Gesetzes — sofern sie der Verjährung günstiger sind — sofort unbedingt anwendbar seien, und erkennt die sofortige Anwendbarkeit der neuen Rückfallbestimmungen in thesi auch dann als richtig an, wenn das neue Gesetz der Rückfallverjährung ungünstigere Bedingungen setzt, wiewohl er, vom Standpunkt der Mehrzahl der Partikulargesetze ausgehend, das Gegenteil, also die Nichtanwendbarkeit der neueren, schärferen Normen als herrschende Meinung angiebt.

Der Ansicht Seegers, daß — allgemein betrachtet — die Rückfallverjährung stets nach dem neuen Gesetze zu beurteilen ist, kann nicht entgegengehalten werden, daß dadurch dem neuen Gesetz rückwirkende Kraft beigelegt werde; denn das neue Gesetz, das die Fristen der Rückfallverjährung verlängert, will nur die unter seiner Herrschaft verübte neue That mit der Rückfallstrafe treffen und mißt der früheren Bestrafung keine weitere Bedeutung zu, als die eines Indizes für den verbrecherischen Hang des Beschuldigten. Nicht, weil derselbe früher einmal vorbestraft worden ist, trifft ihn die Rückfallstrafe, sondern weil seine neue That, wie die frühere Begehung ausweist, einer Neigung zur wiederholten Begehung von gewissen Delikten entsprungen ist, welche Neigung das neue Gesetz bekämpfen will. [2])

Dieser Ansicht haben sich übereinstimmend alle mit der Frage sich beschäftigenden Schriftsteller angeschlossen [3]) und die Praxis hat

---

[1]) Seeger a. a. O. S. 163 und 164.

[2]) Vergl. z. B. die Ausführung in dem Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Dresden vom 24. April 1871, Stenglein I, 23.

[3]) Olshausen, Kommentar, Nr. 4 zu § 245, II, S. 922; Rüdorff

wiederholt in demselben Sinne erkannt.[1]) — Hervorgehoben mag hier werden das die Frage eingehend besprechende Erkenntnis des württembergischen Kassationshofs vom 4. und 18. September 1872,[2]) welches ausführt:

„Auf die nach dem 1. Januar 1872 begangenen Diebstähle kann nicht das Landesstrafrecht, sondern nur das Reichsstrafgesetzbuch Anwendung finden.

Hieran wird nichts geändert dadurch, daß der Beschuldigte, wenn er nach Ablauf der Verjährungsfrist seit Erkennung der letzten Vorstrafe, aber noch unter der Herrschaft des alten Rechts einen neuen Diebstahl begangen hätte, nicht wegen Diebstahls im Rückfall zu bestrafen gewesen wäre, da die bezügliche Bestimmung des württembergischen Rechts eben nur für die unter der Herrschaft dieses Rechts begangenen und nach demselben zu beurteilenden Handlungen Gültigkeit habe und dem Beschuldigten kein Recht auf fortdauernde Anwendung jener Bestimmungen habe erworben werden können,"

und weiter fortfährt:

„Es handelt sich nicht um die Tilgung einer rechtskräftig erkannten Strafe durch Verjährung, sondern um eine der Voraussetzungen, welche die Eigenschaft der neuen That, als einer durch den Rückfall erschwerten bedingen und welche lediglich nach dem neuen Rechte, als dem Gesetze, das auf die Handlung selbst Anwendung findet, beurteilt werden müssen."

---

a. a. O. Nr. 3 zu § 245; v. Schwarze, Kommentar a. a. O. zu § 245; Otto a. a. O. S. 11 ff.; Taube im Gerichtssaal a. a. O. S. 288 ff. Nr. 25; H. Meyer a. a. O. S. 413.

[1]) Außer dem im Text mitgeteilten folgende Erkenntnisse: des württemb. Kassationshofs vom 12. August und 2. Oktober 1872, Stenglein II, 54 (= Gerichtsblatt VI, 136 ff.) und vom 28. Dezember 1872, Stenglein II, 198 (= Gerichtsblatt VI,169); des preuß. Obertribunals vom 4. Dezember 1872, Oppenhoff, Rechtsprechung XIII, 646; des badischen Oberhofgerichts vom 7. September 1872, Badische Annalen XXXVIII, 305 (= Stenglein II, 109).

[2]) Stenglein II, 55 (= Gerichtsblatt VI, 135).

III. Ergebnisse.

Faßt man demnach die bei den einzelnen Fragen in vorstehender Abhandlung erhaltenen Resultate, welche zunächst allerdings nur in Betrachtung des §§ 244 und 245 R.Str.G.B. gefunden worden sind, welche aber trotz der abweichenden Fassung der anderen Rückfallsbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs auch für diese zutreffen, zusammen, so lassen sich im Hinblick auf das Verhältnis der Rückfallsnormen des Reichsstrafgesetzbuchs zu der früheren Partikulargesetzgebung die folgenden Sätze aufstellen:

1. Es kommt nicht auf die Art der Verhängung der Vorstrafe unter der Herrschaft des alten Rechtes an, es genügt vielmehr jede kriminelle Vorstrafe.

2. Wo nach früherem Landesgesetze eine Verbüßung der Vorstrafe vor dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils zulässig war, muß eine solche Verbüßung für die Anwendbarkeit der Rückfallsbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs genügend erscheinen.

3. Als inländische Vorbestrafung ist jede Bestrafung anzusehen, welche von dem Gerichte eines Gebietes verhängt worden ist, welches zur Zeit der Begehung der neuen That dem Deutschen Reiche angehörte, wobei jedoch den verschiedenen Entwicklungsstadien des strafrechtlichen Begriffes Inland Rechnung zu tragen ist.

4. Eine Änderung der Voraussetzungen der Strafbarkeit vermag die rückfallbegründende Wirkung der Vorstrafen nicht zu beeinträchtigen.

5. Eine Vorbestrafung muß als rückfallbegründend anerkannt werden, wenn sie auch unter der Herrschaft eines abweichenden materiellen Strafgesetzes wegen eines nur dem allgemeinen Deliktsbegriff nach dem neuen Gesetz entsprechenden Vergehens erfolgte.

6. Für die Beurteilung der Frage, ob Verjährung der Vorstrafe im Sinne der Rückfallverjährung vorliegt, ist einzig und allein das neue Gesetz maßgebend.